

مسائل من الفقه المقارن

أحكام تتعلق بالمعاملات

القسم الثاني

الأستاذ الدكتور هاشم جميل

دار السلام
دمشق - بغداد


مسائل من
الفقه المقارن
أحكام تتعلق بالمعاملات



العنوان: مسائل من الفقه المقارن ـ القسم الثاني.

التأليف: الدكتور هاشم جميل عبد الله.

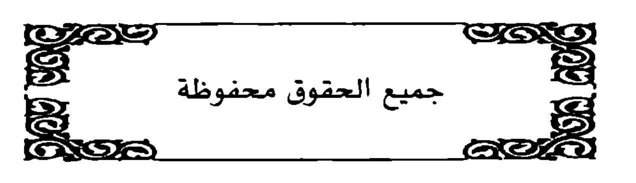
عدد الصفحات: ٣٤٠.

قياس الصفحة: ١٧,٥×٢٥ سم.

عدد النسخ: ١٠٠٠.

الطبعة الأولى

١٤٢٨ هـ ـ ٢٠٠٧ م





سورية ـ دمشق ـ حلبوني ـ جادة ابن سينا

هاتف: ٢٤٥٢٧٨٦ جوال: ٠٩٣٣٦١٩٠١٥ - ٠٩٨٨٥٦٥٠٧٨

٢٢٢١٤٢٠ ـ ٦٩١٢٢٦٢ جوال: ٠٩٤٤٠١٩١٣٣

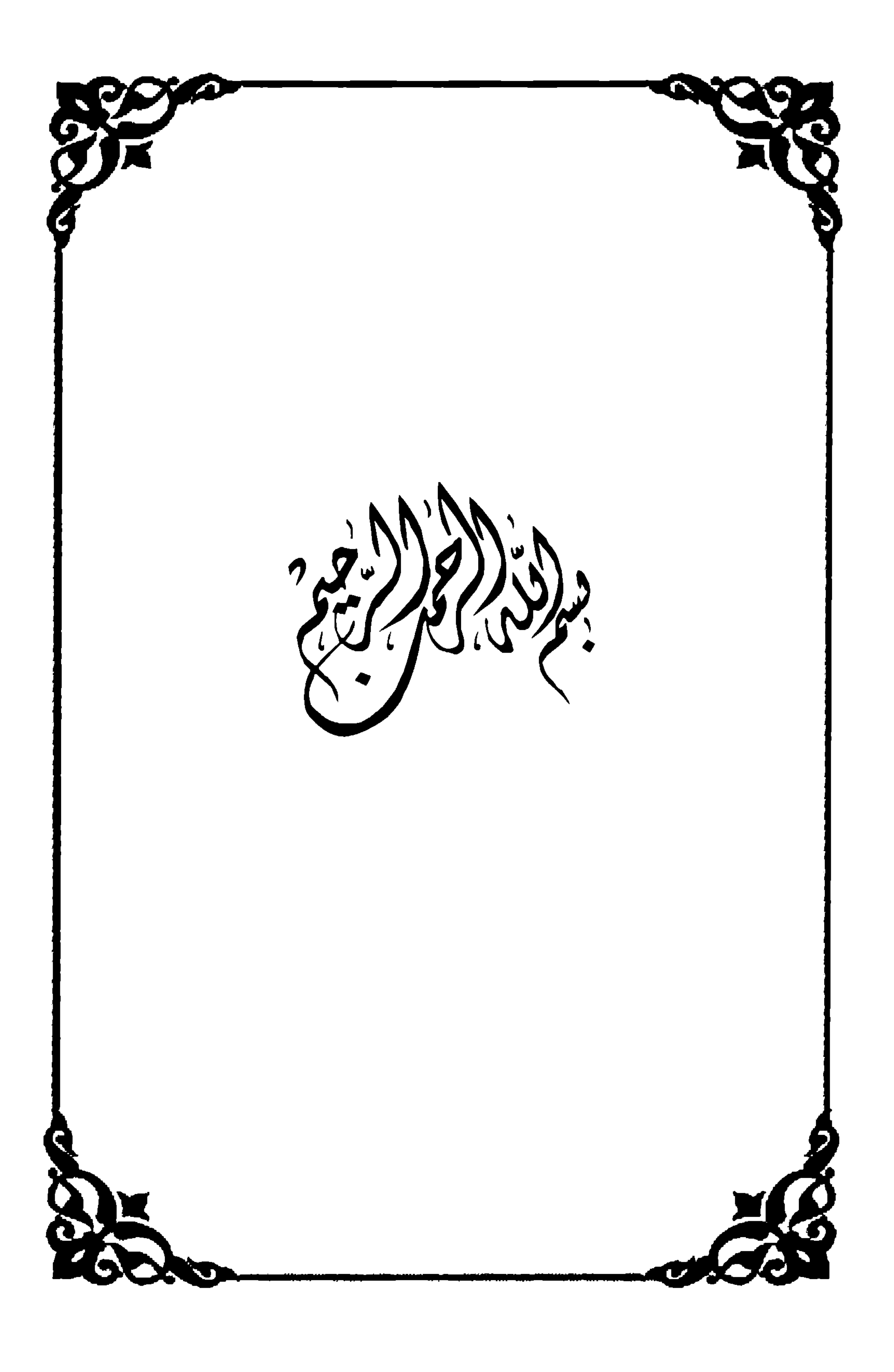
E-mail: dar_alslam2007@yahoo.com



الأستاذ الدكتور هاشم جميل



دمشق


بسم الله الرحمن الرحيم



القسم الثاني

أحكام تتعلق بالمعاملات





تمهيد

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيدنا محمد، وعلى آله وصحبه وسلم. وبعد:

لقد اشتمل هذا الكتاب بقسميه على سبعة أبواب:

ضم **القسم الأول** البابين الأولين منها، وهما:

الباب الأول: أسباب اختلاف الفقهاء.

الباب الثاني: أحكام تتعلق بالعبادات.

أما هذا القسم، وهو **القسم الثاني**: فسيتضمن إن شاء الله تعالى أحكاماً تتعلق بالمعاملات بمعناها الواسع الذي يشمل بقية أبواب الفقه: كالمعاملات المالية وأحكام الأسرة وغيرها.

لذلك فإن هذا القسم سيتضمن الأبواب الخمسة المتبقية، وهي:

الباب الثالث: أحكام تتعلق بالمعاملات المالية.

الباب الرابع: أحكام تتعلق بالأسرة.

الباب الخامس: أحكام تتعلق بالجنايات والحدود.

الباب السادس: أحكام تتعلق بالأقضية والبينات.

الباب السابع: أحكام تتعلق بالجهاد.

وعلى الله تعالى توكلي، ومنه أستمد العون.

❑ ❑ ❑

الباب الثالث

أحكام تتعلق بالمعاملات المالية

* * *

تمهيد

المعاملات المالية كثيرة ومتشعِّبة تشمل البيوع والإجارات والشركات والكفالة والوكالة والعارية وأموراً كثيرة أخرى، إلا أن المنهج المقرر قد اختار للدراسة المقارنة أحكاماً وقضايا جزئية في الغالب علينا الالتزام بها، وهي:

١ ـ خيار المجلس، وبيع المبيع قبل قبضه.

٢ ـ الشفعة.

٣ ـ قبض العين المرهونة والانتفاع بها.

٤ ـ مشروعية المساقاة والمزارعة.

٥ ـ ضمان العارية.

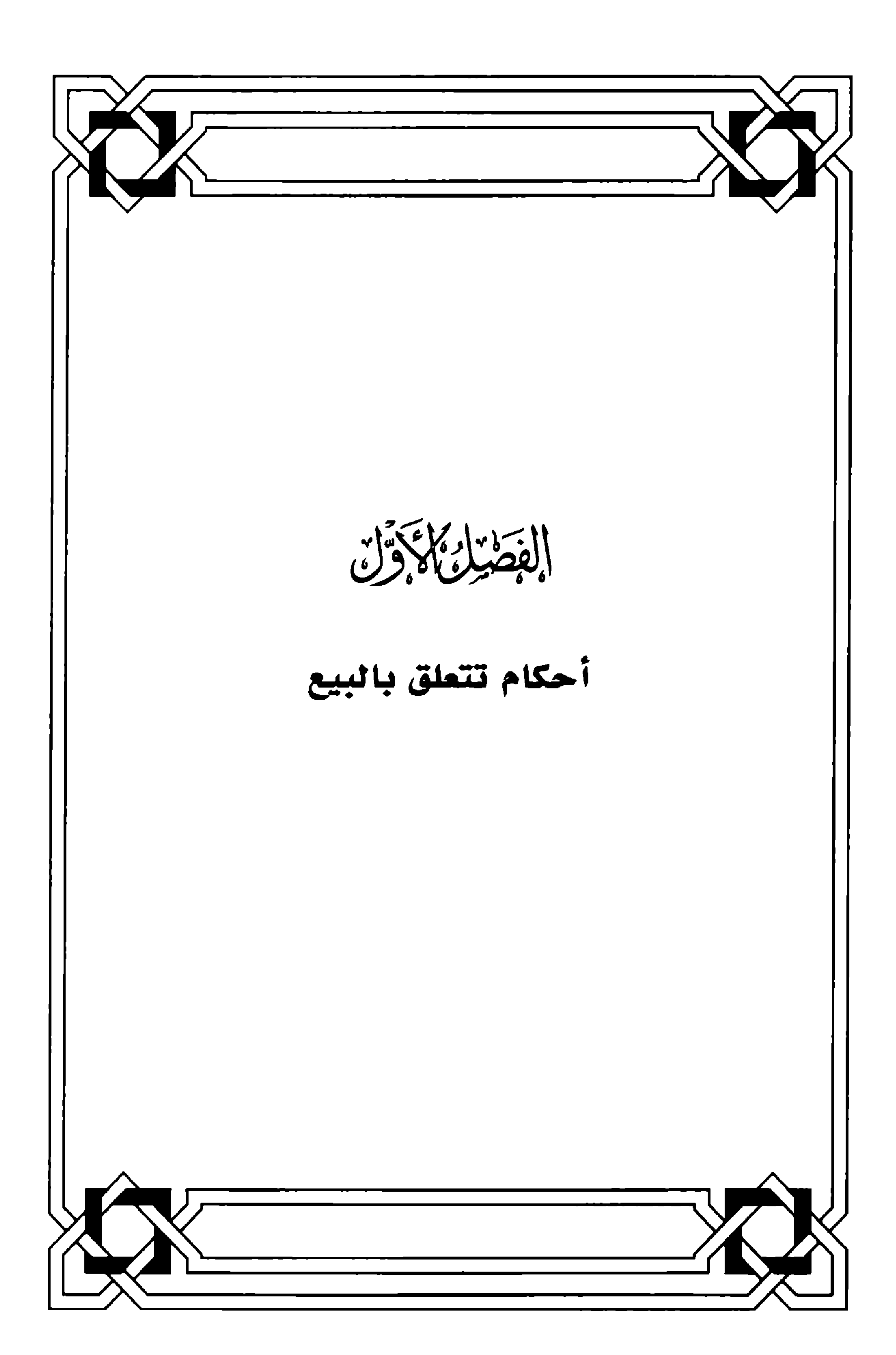
٦ ـ ملكية الأرض الموات.

٧ ـ شركة الوجوه.

٨ ـ حوالة الحق.

وسأفرد لكل واحد منها فصلاً مستقلّاً، لذلك فإن هذا الباب سيشتمل على ثمانية فصول:

❑❑❑



الفصل الأول

أحكام تتعلق بالبيع

تمهيد

البيع لغة: مقابلة شيء بشيء على وجه المعاوضة.

وشرعاً: عقد معاوضة مالية تفيد ملك عين أو منفعة على التأبيد لا على وجه القربة.

وأركانه: والمقصود بها هنا: ما يتوقف عليها وجوده. هي من حيث الإجمال ثلاثة:

١ ـ الصيغة: هي: الإيجاب والقبول؛ قولاً، وكذلك فعلاً عند من جوز البيع بالتعاطي.

٢ ـ عاقد: البائع والمشتري.

٣ ـ معقود عليه: الثمن والمثمن.

وهذا عند الجمهور، أما الحنفية فقد قالوا: للبيع ركن واحد هو: الإيجاب والقبول ـ من قول أو فعل ـ الدالان على تبادل الملكين بين البائع والمشتري. وقد أراد الحنفية بالركن هنا: معناه الاصطلاحي الدقيق.

وتشترط في كل ركن من هذه الأركان شرائط، أجمل أهمها فيما يلي:

يشترط في الصيغة: أن يكون الإيجاب موافقاً للقبول في القدر والوقت والنقد والحلول والأجل، وأن يكونا في مجلس واحد، وأن لا يفصل بينهما فاصل يدل على الأعراض، وأن يكونا مسموعين من المتعاقدين، وأن لا يكون العقد مؤقتاً.

ويشترط في العاقدين: أن يكون كل منهما مميزاً، رشيداً، مختاراً، على أن بعض الفقهاء لم يجوز بيع الصبي المميز.

ويشترط في المعقود عليه: أن يكون الثمن والمثمن معلومين علماً يمنع من المنازعة، وأن يكونا طاهرين؛ على خلاف بين الفقهاء في هذا الشرط، وأن يكون المبيع مملوكاً للبائع حال البيع إلا في السلم، وأن يكون مقدوراً على تسليمه.

هذا وقد قسم الحنفية الشرائط المتعلقة بالبيع إلى أربعة أقسام: شرائط انعقاد، وصحة، ونفاذ، ولزوم.

وجعلوا شرط اللزوم: خلو البيع من الخيار(١).

إذا عرفنا هذا: فإن القضايا المتعلقة بالبيوع وأنواعها وشرائطها وما يتعلق بذلك كثيرة جدّاً، المقرر علينا منها في منهج الدراسة قضيتان فقط، هما: خيار المجلس، وبيع المبيع قبل قبضه. وسأفرد لكل واحد منهما مبحثاً مستقلاً، لذلك فإن هذا الفصل سيتضمن مبحثين:

❑❑❑

---

(١) انظر: حاشية القليوبي؛ مع شرح المحلي على المنهاج: ٢/ ١٥١ وما بعدها؛ القوانين الفقهية، ص ٢١١؛ بدائع الصنائع: ٥/ ١٣٣ وما بعدها؛ الفقه على المذاهب الأربعة: ٢/ ١٤٦ وما بعدها.

المبحث الأول
خيار المجلس

قبل أن أبدأ البحث في خيار المجلس أذكر بإيجاز شديد أنواع الخيار الأخرى؛ **فأقول**: الخيار أربعة أنواع:

١ ـ خيار الشرط:

نقل بعض العلماء الإجماع على أنه يجوز للمتعاقدين أو أحدهما اشتراط الخيار في البيع، وذلك بأن يقولا أو أحدهما حين العقد: أنا بالخيار بين إمضاء العقد أو فسخه إلى مدة كذا.

لكن يوجد فيه بعض خلاف؛ لأن ابن حزم خالف فلم يجوز خيار الشرط. وعلى أية حال فإن من قال بجواز هذا اشترط: أن يكون الخيار إلى مدة معلومة، وإلا بطل البيع أو الشرط ـ على خلاف بينهم في ذلك ـ وقد اختلفوا في هذه المدة على ثلاثة مذاهب:

المذهب الأول: ثلاثة أيام فما دونها، وبه قال أبو حنيفة، والشافعي.

المذهب الثاني: يجوز أن تكون أكثر من ذلك. وممن قال بهذا أبو يوسف ومحمد.

المذهب الثالث: هي في كل شيء بحسبه، وممن قال بذلك مالك[1].

٢ ـ خيار الرؤية:

وهو جائز باتفاق من أجاز بيع الغائب، وعليه فمن اشترى شيئاً غائباً لم تسبق له رؤيته فإن له الخيار عند الرؤية.

---

(١) انظر: الهداية مع فتح القدير: ٥/ ١١؛ المحلي: ٨/ ٣٧٠ وما بعدها؛ المجموع: ٩/ ٣٤٣.

وقد أجاز الجمهور بيع الغائب وبه قال أبو حنيفة، وممن منعه الشافعي في أظهر أقواله[١].

٣ ـ خيار العيب:

وهو خيار المشتري بين فسخ البيع أو إمضائه إذا علم في السلعة عيباً لم يكن يعلمه عند العقد. قال ابن قدامة: لا نعلم في ثبوته خلافاً[٢].

٤ ـ خيار المجلس:

هذا الخيار هو موضوع دراستنا، وسنفصل الكلام عن الخلاف في مشروعيته فيما يلي:

إذا تم العقد بين المتبايعين، ولم يتفرقا، ولم يختارا لزوم العقد، فهل يعتبر العقد لازماً بمجرد تمامه، أو أن كلاً من المتعاقدين له خيار فسخ العقد ما داما في المجلس؟.

هنا حصل خلاف بين الفقهاء على مذهبين:

المذهب الأول: ذهب إلى القول بعدم ثبوت خيار المجلس، وقالوا: يلزم العقد بالإيجاب والقبول، إلا إذا اشترطا أو أحدهما الخيار، على نحو ما قدمته في خيار الشرط. وإلى ذلك ذهب أبو حنيفة ومالك وأكثر الزيدية.

المذهب الثاني: ذهب إلى القول بثبوت خيار المجلس للمتعاقدين في عقود البيع[٣]، وعليه فإذا تبايع شخصان وقع العقد جائزاً، ولكل واحد

---

(١) الهداية مع فتح القدير: ٥/ ١٣٧؛ المجموع: ٩/ ٣٣٠؛ مغني المحتاج: ٢/ ١٨.

(٢) المغني: ٤/ ٧١.

(٣) يلاحظ هنا: أن خيار المجلس يجري في كل عقد معاوضة محضة، واقعة على العين، لازمة من الجانبين ليس فيها تملك قهري، ولا جارية مجرى الرخص، فيدخل في ذلك: البيع المعروف، والصرف، وهو بيع النقد بالنقد، والسلم، وبيع الطعام بالطعام، وصلح المعاوضة على العين، والتولية، وهي: أن يشتري شخص شيئاً، يقول لآخر: وليتك؛ أي:

منهما فسخه ما لم يفارق مجلس العقد أو يختار اللزوم. وبذلك قال جمهور العلماء، وإليه ذهب الشافعي، وأحمد، والظاهرية والإمامية وبعض الزيدية[١].

الأدلة ومناقشتها

كثر الاحتجاج في هذه المسألة بأقيسة ونظائر وتأويلات، يبدو لي عدم الحاجة إلى الإطالة بذكرها، لأن في هذا الموضوع نصوصاً كثيرة، فتوجيه الاستدلال بها واف بالغرض إن شاء الله تعالى، ومن أراد الاطلاع على أكثر من ذلك فليراجع ما ذكره الطحاوي، وابن حزم رحمهما الله تعالى، فقد أفاض الطحاوي في الاستدلال لمذهب الحنفية، كما أفاض ابن حزم في مناقشته[٢].

إذا عرفنا هذا أبدأ بسوق الأدلة:

= ملكتك إياه، فإذا قبل ملكه بمثل ما اشتراه به الأول، ويدخل فيه أيضاً التشريك، وهو نفس التولية، ولكن ليس بجميع الشيء المشترى وإنما بجزء معين منه كنصفه أو ربعه أو نحو ذلك.

وبناء على ذلك فإن خيار المجلس لا يدخل المعاملات التالية:

الإبراء، وصلح الحطيطة، وصلح المعاوضة على دم العمد، والنكاح، والطلاق، والعتق، والوقف، والهبة بلا عوض، والحوالة، والشركة، والقراض، والوكالة، والرهن، وكذلك لا يدخل في الأصح عند الشافعية في: الهبة بثواب، والشفعة، والإجارة، والصداق، والمساقاة. انظر: المجموع: ٩/ ١٨٦ وما بعدها؛ شرح المنهاج للمحلي وحاشية القليوبي: ٢/ ١٩٠ وما بعدها؛ مغني المحتاج: ٢/ ٤٣ وما بعدها.

(١) انظر: الهداية مع فتح القدير: ٥/ ٨١؛ الاختيار: ٢/ ٥؛ المجموع: ٩/ ١٩٦؛ الإشراف للبغدادي: ١/ ٢٤٩؛ المغني: ٤/ ٦؛ إعلام الموقعين: ٣/ ٥؛ المحلى: ٨/ ٣٥١ وما بعدها؛ سبل السلام: ٣/ ٣٤؛ نيل الأوطار: ٥/ ٢١٠؛ البحر الزخار: ٤/ ٣٤٥؛ شرائع الإسلام: ٢/ ٢١.

(٢) انظر: شرح معاني الآثار: ٤/ ١٢ وما بعدها؛ المحلى: ٨/ ٣٥٥ وما بعدها.

أولاً ـ أدلة أصحاب المذهب الأول:

احتج القائلون بنفي خيار المجلس بما يلي:

١ ـ قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ [النساء: ٢٩].

وجه الدلالة: أن الآية أباحت على وجه الإطلاق التصرف بما يحصل عليه كل من المتعاقدين بمجرد حصول التراضي، وذلك بتمام العقد، ولم تقيد ذلك بالتفرق عن مكان العقد، وعليه فلو قلنا: بأنه يجوز لأحدهما فسخ العقد في المجلس؛ فمعنى ذلك أنه لا يباح التصرف بالمعقود عليه قبل التفرق، وهذا فيه إبطال للنص وهو لا يجوز، وأيضاً فإن العقد من المتبايعين صدر مطلقاً عن شرط، والعقد المطلق يقتضي ثبوت الملك في العوضين حالاً، وعليه فالفسخ من أحد العاقدين يكون تصرفاً في العقد الثابت بتراضيهما أو في حكمه بالرفع والإبطال من غير رضا الآخر، وهذا لا يجوز؛ ولذلك لم يجز لأحدهما الانفراد بالفسخ والإقالة بعد الافتراق فكذلك هذا.

٢ ـ قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوْفُواْ بِٱلْعُقُودِ﴾ [المائدة: ١].

وجه الدلالة: أن الشارع قد أمر بالوفاء بالعقود، والعقد بعد تمام الإيجاب والقبول وقبل التفرق من المجلس أو التخيير يسمى عقداً؛ فيدخل في عموم هذه الآية من حيث وجوب الوفاء به، والقول بغير ذلك إبطال للنص.

٣ ـ قوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوٓاْ إِذَا تَبَايَعْتُمْ﴾ [البقرة: ٢٨٢].

وجه الدلالة: أن الشارع أمر بالتوثق بالشهادة حتى لا يقع التجاحد للبيع، والعقد بعد الإيجاب والقبول وقبل الخيار يصدق عليه بيع؛ إذن فهو لازم بموجب ظاهر هذه الآية، فلو قلنا بخلاف ذلك وأثبتنا الخيار؛ فمعنى

ذلك: أن العقد قبل اختيار اللزوم أو قبل التفرق لا يكون لازماً، وهذا فيه إبطال للنص أيضاً.

والجواب على ذلك: أن العقد الملزم الذي يجب الوفاء به إنما نعرفه من قبل الشارع، وكذلك معرفة أن التجارة قد تمت عن تراض إنما يكون من قبل الشارع، فإذا كان الشارع نفسه لم يعتبر العقد ملزماً ولا التجارة قد تمت عن تراضٍ إلا أن يعقب الإيجاب والقبول اختيار اللزوم أو التفرق، كما دلت على ذلك الأحاديث الصحيحة، فكيف يصح القول بعد ذلك بأن القول بخيار المجلس فيه إبطال لهذه النصوص؟!.

٤ ـ صح عن ابن عباس قال: قال رسول الله ﷺ: «**من اشترى طعاماً فلا يبعه حتى يستوفيه ويقبضه**» متفق عليه[١].

وجه الدلالة: أن الحديث قد أباح التصرف بالمبيع بمجرد القبض، ولم يشترط التفرق، فدل كما دلت الآيات قبله على عدم ثبوت خيار المجلس[٢].

والجواب على ذلك: أن الأحاديث المثبتة لخيار المجلس مخصصة لعموم النصوص ومقيدة لإطلاقها؛ لأنها جميعاً نصوص آتية من قبل الشارع، وعليه فلا يجوز إعمال بعضها وإهمال البعض الآخر ما دام إعمال الجميع ممكناً، وهو ممكن بما ذكرناه.

٥ ـ عن عبد الله بن عمرو بن العاص: أن رسول الله ﷺ قال: «**البيعان بالخيار ما لم يتفرقا، إلا أن تكون صفقة خيار، ولا يحل له أن يفارق صاحبه خشية أن يستقيله**» رواه النسائي، وأبو داود، والترمذي وحسنه.

---

(١) البخاري: ٤/ ٢٩٢؛ مسلم: ١٠/ ١٧٠.

(٢) النسائي: ٧/ ٢٥٢؛ سنن أبي داود: ٣/ ٢٧٣؛ والترمذي هامش تحفة الأحوذي: ٢/ ٢٤٣.

وجه الدلالة: أن هذا الحديث قد دل على عدم ثبوت خيار المجلس؛ وذلك لأن العقد لو لم يكن لازماً بمجرد تمامه، لما احتاج المشتري إلى الاستقالة، ولا طلب البائع الفرار منها.

والجواب على ذلك: أن الحديث قد أثبت في صدره خيار المجلس، وعليه فلا يصح أن يكون المراد من الإقالة فيه الإقالة الحقيقية، وإنما المراد منها الفسخ وذلك لأننا إذا حملناها على معنى الفسخ الذي يبطله التفرق كان ذلك متناسباً مع منع الرسول ﷺ من التفرق الذي يقصد به إبطال حق الفسخ على صاحبه، أما حمله على الإقالة الحقيقية فإنه يجعل من التفرق لا معنى له؛ لأن من المعلوم أن الإقالة لا تختص بمجلس العقد، وإنما تمتد إلى أجل غير مسمى؛ فلو طلبها أحد المتعاقدين بعد سنين ورضي الآخر جاز ذلك.

٦ ـ واستدلوا بحديث صح عن ابن عمر، جاء فيه: أنه كان يركب جملاً لأبيه، فقال النبي ﷺ لعمر: «**بعنيه**» قال: هو لك يا رسول الله! قال: «**بعنيه**» فباعه من رسول الله ﷺ، فقال النبي ﷺ: «**هو لك يا عبد الله بن عمر تصنع به ما شئت**» رواه البخاري [١].

قالوا: دل هذا الحديث على أن البيع يلزم بمجرد الإيجاب والقبول من غير حاجة إلى التفرق من المجلس؛ بدليل أنه ﷺ قد وهب الجمل بعد العقد مباشرة وقبل التفرق، فلو كان التفرق لابد منه للزوم العقد لما وهب ﷺ الجمل لعبد الله إلا بعد افتراقه عن عمر[٢].

وقد **أجاب ابن حزم** عن ذلك بجوابين:

حاصل **الأول** منهما: أن هذه الواقعة ربما كانت قبل تشريع الحكم بخيار المجلس.

---

(١) البخاري هامش الفتح: ٤/ ٢٨٠.

(٢) عمدة القاري: ١٠/ ٢٣١.

وحاصل **الثاني**: أن لزوم العقد غير مقيد بالتفرق من المجلس، وإنما هناك التخاير أيضاً، وليس في الحديث أن الرسول ﷺ لم يخبر عمر قبل هبة الجمل لعبد الله(١).

ويبدو لي: أن من الممكن الإجابة عن ذلك بجوابين آخرين:

الأول: أن الجمهور لم يقولوا بأن العقد لا يتم إلا بالتخاير أو بالانفضاض من المجلس. وإنما قالوا: لا يلزم، والفرق بين الأمرين واسع كما لا يخفى، **وعليه نقول**: إذا تم العقد جاز لكل من المتعاقدين التصرف بما حصل عليه، إلا أن تصرفه هذا يكون موقوف النفاذ على لزوم البيع، فلو وهب المشتري السلعة التي اشتراها بعد العقد مباشرة فإن ملكيتها في هذه الحالة للموهوب له تبقى معلقة على لزوم عقد البيع، فإذا تفرقا ولم يرجع البائع نفذت الهبة، أما إذا رجع البائع قبل الانفضاض من المجلس فإن ذلك يجوز له، وفي هذه الحالة تبطل الهبة، وليس في الحديث أن عمر طلب فسخ البيع، ومنعه ﷺ من ذلك.

الثاني: أن بالإمكان استفادة حكم جديد من هذا الحديث، وهو: أن العقد كما يلزم بالتخاير قبل التفرق من المجلس يلزم كذلك إذا تصرف أحد العاقدين بالعوض الذي حصل عليه تصرُّفاً يخرجها عن ملكه، وسكت الثاني على ذلك، وذلك لأن سكوته يعني اختياره للزوم العقد بداهة وإلا لاعترض على ذلك، وعليه فلو باع المشتري أو وهب ما اشتراه قبل انفضاض المجلس؛ فالبائع في هذه الحالة إما أن يعترض وحينئذ ينفسخ البيع ويبطل تصرف المشتري، وإما إن يسكت وفي هذه الحالة يصح تصرف المشتري ويكون سكوت البائع بمثابة اختيار اللزوم، ويلحق بذلك من باب أولى تصرف أحد المتعاقدين بما حصل عليه تصرُّفاً يؤدي إلى زوال عين الشيء موضوع العقد: فلو كان المبيع طعاماً، وظهر على المشتري ما يدل على أنه

---

(١) المحلى: ٨/ ٣٦١.

سيبدأ بأكله ولم يعترض البائع على ذلك؛ فهذا اختيار منه للزوم العقد وهكذا.

٧ ـ **قد يقال:** إن إقرار خيار المجلس يؤدي إلى عدم استقرار المعاملات، وذلك لأن استقرارها يتطلب لزوم العقد بمجرد الانعقاد.

والجواب على ذلك: أن هذا لو صح فإن بالإمكان التغلب عليه بإجراء العقد ابتداء على أساس اختيار اللزوم، وحينئذ لا يبقى لأحد المتعاقدين حق خيار المجلس، على أنه ينبغي أن يلاحظ هنا: أن هذا الخيار إذا ثبت بالنصوص الصحيحة عن الشارع فإنه لا يمكن بأي حال من الأحوال أن يحول دون استقرار المعاملات، وإنما لا بد أن يكون أحد عوامل استقرارها.

ويبدو لي: أن هذه هي الحكمة من تشريعه، وبيان ذلك:

أننا نعلم بأن أساس الالتزام بالعقد هو الرضا، وتأكد هذا الرضا يؤدي إلى استقرار المعاملات قطعاً، وعليه فإذا كان لكل من طرفي العقد حق التراجع ومع ذلك لم يتراجعا عنه وأصرّا عليه، فهذا يعني: أن كل واحد منهما قد رضي تمام الرضا بما حصل عليه من صاحبه، ويؤكد حديث الخيار في إحدى رواياته هذا المعنى صراحة؛ فقد روى الحاكم من طريق الحسن البصري عن سمرة بن جندب: أن رسول الله ﷺ قال: «**البيعان بالخيار ما لم يتفرقا، ويأخذ كل واحد منهما من البيع ما يهوى، قالها ثلاثاً**» قال الحاكم: صحيح على شرط الشيخين، ورواه النسائي بلفظ: «**ويأخذ أحدهما ما رضي من صاحبه أو هوى**»[1].

وقد يعترض على الاستدلال بهذا الحديث:

بأن ابن حزم يقرر: أن الحسن لم يسمع من سمرة إلا حديث العقيقة، وما سوى ذلك مما حدث به الحسن عنه فإنما هو كتاب وجده الحسن

---

(١) المستدرك: ٢/١٦؛ النسائي: ٧/٢٥١.

فحدث به[١]. وهذا يعني: أن كل حديث للحسن عن سمرة منقطع باستثناء حديث العقيقة.

والجواب على ذلك: أن البخاري وغيره قرروا أن حديث الحسن عن سمرة كله سماع، بينما ذهب يحيى القطان وآخرون إلى القول بأنه في غير حديث العقيقة قد حدث عنه من كتاب وجده، ومع هذا فقد قال الحافظ ابن حجر: ذلك لا يقتضي الانقطاع، ثم أورد الحافظ حديثاً آخر فيه النهي عن المثلة، رواه أحمد من طريق الحسن، وقد قال فيه: حدثنا سمرة؛ فدل هذا على أن القول بأن الحسن لم يسمع من سمرة إلا حديث العقيقة قول فيه نظر[٢].

ثانياً ـ أدلة أصحاب المذهب الثاني:

احتج القائلون بثبوت خيار المجلس بما يلي:

فعن حكيم بن حزام، عن النبي ﷺ قال: «**البيعان بالخيار ما لم يتفرقا**»، وفي رواية لابن عمر: أنه ﷺ قال: «**البيعان بالخيار ما لم يتفرقا، أو يقول أحدهما لصاحبه: اختر**» وربما قال: «**أو يكون بيع خيار**» متفق عليه[٣].

وجه الدلالة: أن الحديث مصرح بأن العقد بين المتبايعين لا يلزم ما لم يتفرقا عن مكان العقد أو يختارا لزومه. وكل ما يطلق عليه في العرف تفرق يحصل به المقصود.

واعترض المالكية على الاستدلال بهذا الحديث:

بأنه مخالف لعمل أهل المدينة. كذا ذكر مالك في الموطأ[٤].

---

(١) المحلى: ٨/ ٣٦٦.

(٢) تهذيب التهذيب: ٢/ ٢٦٩.

(٣) البخاري: ٤/ ٢٧٥؛ مسلم: ١٠/ ١٧٤.

(٤) الموطأ هامش المنتقى: ٥/ ٥٥.

ومعلوم أن أحد شروط العمل بخبر الآحاد عند مالك: عدم مخالفته لإجماع أهل المدينة.

والجواب على ذلك: أن هذا شرط قاله مالك لم يوافقه الجمهور عليه فلا يلزمهم، على أن إجماع أهل المدينة على العمل بخلافه غير متحقق، فقد ذكر ابن قدامة وغيره: بأن القول بثبوت خيار المجلس مروي عن عمر، وابن عمر، وابن عباس، وأبي هريرة، وأبي برزة الأسلمي، وبه قال سعيد بن المسيب وشريح والشعبي وعطاء وطاوُس والزهري والأوزاعي وابن أبي ذئب وغيرهم[١].

وعمر، وابنه عبد الله، وأبو هريرة، وسعيد بن المسيب، والزهري، وابن أبي ذئب هؤلاء كلهم من أهل المدينة، فكيف يصح إجماع لأهل المدينة مع خلاف هؤلاء؟! على أن ابن حزم قال: كل من روي عنه في ذلك شيء من الصحابة فهو موافق لقول الجمهور، وذكر: أنه لم ينقل عن أحد القول بنفي خيار المجلس من التابعين إلا عن إبراهيم النخعي وحده[٢].

ب ـ **واعترض الحنفية**: بأن الحديث خبر آحاد، وهو مخالف لظاهر الكتاب، فالآيات التي احتجوا بها ليس فيها اشتراط التفرق من المجلس، فإذا قلنا باشتراطه بناء على هذا الحديث فقد زدنا على الكتاب بخبر الآحاد، والزيادة بمثابة النسخ، ونسخ الكتاب بخبر الآحاد لا يجوز.

وربما قالوا: إن الحديث وارد فيما تعمُّ به البلوى، ولا يقبل خبر الآحاد فيما تعمُّ به البلوى[٣].

---

(١) المغني: ٤/ ٦؛ وانظر: البخاري مع فتح الباري: ٤/ ٢٧٥.

(٢) المحلى: ٨/ ٣٥٢ وما بعدها.

(٣) انظر: الاستدلال والاعتراضات في: بدائع الصنائع: ٥/ ٢٢٨؛ فتح القدير: ٥/ ٨١؛ المنتقى: ٥/ ٥٥؛ المغني: ٤/ ٦ وما بعدها.

والجواب على ذلك: أن هذه شرائط للعمل بخبر الآحاد التزم بها الحنفية، وقد خالفهم فيها الجمهور فهي لا تلزمهم.

على أن خيار المجلس ليس مما تعمُّ به البلوى، لأن الذين يفسخون العقد بناء على خيار المجلس يعتبرون قلة بالنسبة لمن لا يفسخونه، وأيضاً فإن الحنفية قد جعلوا للمشهور حكم المتواتر في هذه الأمور، والحديث مشهور باصطلاحهم.

وبيان ذلك: أن المشهور عندهم: هو ما لا يقل رواته عن ثلاثة في كل طبقة من طبقات إسناده، وهذا الحديث كما ذكر الزيلعي رواه من الصحابة: حكيم بن حزام، وابن عمر، وعبد الله بن عمرو بن العاص، وسمرة، وأبو برزة الأسلمي، وزاد الحافظ ابن حجر على ذلك: أن الحديث رواه ابن عباس: أخرجه ابن حبان، والحاكم، وأخرجه من طريق أخرى. ورواه جابر: أخرجه البزار وصححه الحاكم وغيره[1].

وأنا أذكر لك الآن أكثر من ثلاثة أسانيد لهذا الحديث كل منها يختلف عن الثاني في رجاله:

الأول: حديث حكيم بن حزام: أخرجه الجماعة، وأسوق لك إسناد البخاري، قال: حدثنا إسحاق، أخبرنا حبان بن هلال، قال: حدثنا شعبة: قال قتادة: أخبرني عن صالح أبي الخليل، عن عبد الله بن الحارث قال: سمعت حكيم بن حزام... ورفع الحديث[2].

الثاني: حديث ابن عمر: رواه الجماعة، وأذكر لك إسناد البخاري أيضاً، قال: حدثنا عبد الله بن يوسف، أخبرنا مالك، عن نافع، عن عبد الله ابن عمر... ورفع الحديث[3].

---

(١) نصب الراية: ٤/ ١ وما بعدها؛ التلخيص: ٣/ ٢٠.

(٢) البخاري: ٤/ ٢٧٥.

(٣) البخاري: ٤/ ٢٧٦.

الثالث: حديث عبد الله بن عمرو بن العاص: رواه أبو داود والنسائي والترمذي وحسنه، كلهم قالوا: حدثنا قتيبة بن سعيد، حدثنا الليث، عن ابن عجلان، عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن عبد الله بن عمرو بن العاص... ورفع الحديث[١].

الرابع: حديث أبي برزة: رواه أبو داود وابن ماجه، قال أبو داود: حدثنا مسدد، وقال ابن ماجه: حدثنا أحمد بن عبدة وأحمد بن المقدام، ثم اتفقا بعد ذلك فقالا: حدثنا حماد بن زيد، عن جميل بن مرة، عن أبي الوضيء، عن أبي برزة الأسلمي... ورفع الحديث[٢].

فهذه أربعة أسانيد لم يتكرر فيها راوٍ، وتوجد أسانيد أخرى، فالحديث إذن مشهور في اصطلاح الحنفية، وله عندهم حكم المتواتر من حيث إنه يجوز أن يزاد به على الكتاب، ويقبل فيما تعم به البلوى.

وربما **اعترض** على حديث عبد الله بن عمرو بن العاص: أن ابن حزم يضعف رواية عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده: عبد الله بن عمرو بن العاص.

والجواب على ذلك: أن هذه المسألة موضع خلاف، ويكفي أن البخاري قال: رأيت أحمد، وابن المديني، وإسحاق وعامة أصحابنا يحتجون بحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، وقال: من الناس بعدهم؟! وقد أفاض الحافظ ابن حجر في هذه المسألة، وكذلك الحافظ الذهبي، وانتهى إلى: أن حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده إذا لم يكن في إسناده شيء غير هذا فهو من قبيل الحسن[٣].

---

(١) سنن أبي داود: ٣/ ٢٧٣؛ النسائي: ٧/ ٢٥٢؛ الترمذي هامش تحفة الأحوذي: ٢/ ٢٤٣.

(٢) سنن أبي داود: الصفحة السابقة؛ ابن ماجه: ٢/ ٧٣٦.

(٣) تهذيب التهذيب: ٨/ ٤٨ وما بعدها؛ الميزان: ٣/ ٣٦٣.

واعترض أيضاً: بأن الحديث محمول على إرادة التفرق في الأقوال وليس التفرق بالأبدان، وقالوا: ذلك فيما إذا قال البائع: بعت، وقال المشتري: اشتريت، فهنا قد تفرقا وانقطع الخيار، فإذا قيل لهم: فأين الخيار إذن؟ قالوا: هو الخيار الذي كان للبائع قبل أن يقول المشتري: اشتريت، أما إذا قالها فإنه في هذه الحالة قد تفرق هو والبائع وانقطع الخيار[١].

وأجيب عن ذلك: بأن هذا خلاف الظاهر، فإن السابق إلى الفهم التفرق عن المكان، والمتبادر إلى الذهن علامة الحقيقية، على أن الحديث قد جاء بروايات تنفي أن يكون المراد منه غير ما ذهب إليه الجمهور:

فقد جاءت في الصحيحين رواية لحديث عبد الله بن عمر بلفظ: «**إذا تبايع الرجلان؛ فكل واحد منهما بالخيار ما لم يتفرقا وكانا جميعاً، أو يخير أحدهما الآخر، فتبايعا على ذلك فقد وجب البيع، وإن تفرقا بعد أن تبايعا ولم يترك واحد منهما البيع فقد وجب البيع**» متفق عليه[٢].

وحديث عبد الله بن عمرو بن العاص قد جاء بلفظ: أنه ﷺ قال: «**المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا، إلا أن تكون صفقة خيار، ولا يحل له أن يفارق صاحبه خشية أن يستقيله**» وقد سبق تخريج هذا الحديث.

فهذه الأحاديث يتعذر حملها على غير ما ذهب إليه الجمهور.

وأيضاً فقد صح عن راوي الحديث عبد الله بن عمر: أنه كان إذا أراد إيجاب البيع فارق مكان العقد، فإن كان في طريق مضى في سبيله، وإن كان في بيت خرج[٣].

وعند الاختلاف في تفسير الحديث يقدم تفسير الراوي كما هو معلوم.

---

(١) شرح معاني الآثار: ٤/ ١٤.

(٢) البخاري: ٤/ ٢٧٥؛ مسلم: ١٠/ ١٧٤.

(٣) البخاري هامش الفتح: ٤/ ٢٧٤ و٢٨٢.

فإن قيل: كيف كان ابن عمر يفعل ذلك مع النهي الوارد في حديث عبد الله بن عمرو بن العاص؟.

وقد سلك العلماء في **الجواب** على ذلك عدة مسالك، منها: أن النهي في الحديث محمول على الكراهة[(١)].

بينما أجاب الحافظ ابن حجر عن ذلك: بأن النهي المذكور لم يبلغ ابن عمر[(٢)].

وما قاله الحافظ هو الأقرب إلى الصواب إن شاء الله تعالى، وذلك لأن ابن عمر كان شديد التمسك بالسنة، عظيم الورع، وهذا لا يخفى على من له أدنى اطلاع على أحواله، فلو بلغه النهي لتمسك به سواء كان النهي للتحريم أو للكراهة، لذلك فهو مأجور على تمسكه بما علم من السنة، ومعافى إن شاء الله تعالى من تبعة ما لم يبلغه من النهي.

بعد هذا العرض للأدلة ومناقشتها، يتضح لنا بجلاء أن ظاهر السنة يعضد ما ذهب إليه الجمهور.

❑❑❑

---

(١) تحفة الأحوذي: ٢/ ٢٤٣.

(٢) التلخيص الحبير: ٣/ ٢٠.

المبحث الثاني
بيع المبيع قبل قبضه

قبل أن أبدأ بذكر خلاف الفقهاء أبين بإيجاز ما يتم به قبض المبيع.

فأقول: إذا كان المبيع غير منقول فإن قبضه يتم بإفراغه من أمتعة البائع، والتخلية بينه وبين المشتري، وتمكينه من التصرف فيه.

وألحق بعض العلماء المنقول بالعقار، فقالوا: يتم القبض فيه بالتخلية. بينما ذهب بعضهم: إلى أن القبض في المنقول لا يتم إلا بتحويله إلى موضع لا يختص البائع بمنفعته، إلا إذا كان مما يتناول باليد: كالثوب ونحوه فإن قبضه يتم بتناوله، وإذا كان المنقول قد اشتري مقدراً بكيل أو وزن أو عد أو ذرع؛ فإن قبضه لا يتم إلا بكيله أو وزنه أو عده أو ذرعه(١).

إذا عرفنا هذا أبدأ ببحث حكم بيع المبيع قبل قبضه، **فأقول**:

من اشترى سلعة ثم باعها قبل أن يقبضها، فهل يصح هذا البيع أم لا؟.

اختلف الفقهاء هنا على خمسة مذاهب:

المذهب الأول: يجوز بيع المبيع قبل قبضه مطلقاً. بذلك قال عطاء وعثمان البتي.

المذهب الثاني: يجوز بيع المبيع قبل قبضه، إلا المطعوم فإنه لا يجوز بيعه إلا بعد القبض، ولا فرق في المطعوم بين أن يكون طعاماً أو شراباً،

---

(١) الإحياء مع شرح الزبيدي عليه: ٤/ ٤٣٩؛ مغني المحتاج: ٢/ ٧٠ وما بعدها؛ الشرح الكبير: ٤/ ١٢٠؛ شرائع الإسلام: ٢/ ٢٩.

كما أنه لا فرق بين المكيل والموزون منهما وبين غيره. وإليه ذهب مالك، وهو رواية عن أحمد، وبه قال بعض الإمامية، إلا أن المشهور من مذهب مالك: أن ذلك يختص بما اشتري كيلاً أو وزناً، أما ما اشتري من المطعوم جزافاً فإنه يجوز بيعه عنده قبل قبضه.

المذهب الثالث: يجوز بيع المبيع قبل قبضه إذا كان قد اشتري جزافاً أما إذا اشتري مقدراً بكيل أو وزن أو عد أو ذرع، فإنه لا يجوز بيعه قبل قبضه. وهذا هو أظهر الروايات عن أحمد.

ويقرب من هذا القول الراجح عند الإمامية، فإنهم قالوا: من ابتاع متاعاً ولم يقبضه ثم أراد بيعه، كره ذلك إن كان مما يكال أو يوزن.

المذهب الرابع: إذا كان المبيع عقاراً جاز بيعه قبل قبضه، أما المنقول فإنه لا يجوز بيعه إلا بعد القبض. وإليه ذهب أبو حنيفة، وأبو يوسف.

المذهب الخامس: لا يجوز بيع المبيع قبل قبضه مطلقاً. وإليه ذهب الشافعي، والظاهرية، والزيدية، ومحمد بن الحسن والطحاوي من الحنفية، ونسبه الصنعاني إلى الجمهور[١].

الأدلة ومناقشتها

الذي أعلمه: أن ما قال به أصحاب **المذهب الأول** مخالف للسنة الصحيحة فلا يقبل.

أما **المذهب الثاني**: فإن الحجة لمشهور مذهب مالك هي حديث ابن عمر: «أن النبي ﷺ نهى أن يبيع أحد طعاماً اشتراه كيلاً حتى يستوفيه» رواه النسائي[٢].

(١) مختصر الطحاوي، ص ٨٤؛ البحر الرائق: ٦/ ٢٦ وما بعدها؛ الإشراف للبغدادي: ١/ ٢٦٦؛ شرح الزرقاني على الموطأ: ٣/ ٢٨٧؛ المجموع: ٩/ ٢٩٥؛ المغني: ٤/ ٢١٧ وما بعدها؛ سبل السلام: ٣/ ١٥؛ شرائع الإسلام: ٢/ ٣١؛ البحر الزخار: ٤/ ٣١١.

(٢) النسائي: ٧/ ٢٨٦.

فقوله: «**اشتراه كيلاً**» مفهومه أن الطعام الذي اشتراه جزافاً يجوز بيعه قبل قبضه.

وأجيب: بأن هذا مخرّج مخرج الغالب، لأن الغالب في الطعام أنه لا يشترى إلا بكيل، وعليه فلا مفهوم له، ويدل على ذلك ما صح عن ابن عمر أنه قال:

«لقد رأيت الناس في عهد رسول الله ﷺ إذا ابتاعوا الطعام جزافاً يضربون في أن يبيعوه في مكانه، وذلك حتى يؤووه إلى رحالهم» متفق عليه، واللفظ لمسلم.

وعنه في رواية أخرى لمسلم: «كنا نشتري الطعام من الركبان جزافاً، فنهانا رسول الله ﷺ أن نبيعه حتى ننقله من مكانه»[١].

أما بقية أصحاب المذهب الثاني فقد احتجوا بما صح عن ابن عمر، أن النبي ﷺ قال:

«**من اشترى طعاماً فلا يبعه حتى يستوفيه ويقبضه**» متفق عليه[٢].

قالوا: فتخصيص الطعام بالذكر يدل على أن غيره بخلافه.

وأجيب: بأن هذا استدلال بالمفهوم خالف منطوق أحاديث أخرى ثابتة ستأتي. فلا يقبل.

أما **المذهب الثالث** فلا أعلم له حجة إلا الحديث الذي سبق ذكره في الاحتجاج لمذهب مالك، وهو: أنه ﷺ نهى أن يبيع أحد طعاماً اشتراه كيلاً حتى يستوفيه.

---

(١) البخاري هامش الفتح: ٤/ ٢٤٠؛ مسلم هامش النووي: ١٠/ ٧٠.

(٢) انظر: المصدرين السابقين.

وجه الدلالة منه: أن العلة في النهي عن بيع الطعام هنا قبل قبضه هي: كونه قد اشتري مقدراً بالكيل، والكيل نوع من أنواع المقادير التي هي بالإضافة إليه: الوزن، والعد، والذرع، وعليه فكل ما اشتري مقدراً لا يجوز بيعه قبل قبضه، أما ما اشتري جزافاً فيجوز.

وهذا **يجاب عنه** بما أجيب به عن استدلال المذهب الذي قبله.

أما أصحاب **المذهبين الرابع والخامس** فقد احتجوا بأدلة واحدة، إلا أن أصحاب المذهب الرابع استثنوا العقار لأمر نذكره فيما بعد: وقد احتج المذهبان بما يلي:

١ ـ عن ابن عمر:

«أنه ﷺ نهى أن تباع السلع حيث تشترى حتى يحوزها التجار إلى رحالهم» رواه الحاكم، وقال: صحيح على شرط مسلم، وأقره الذهبي.

وللحديث طريق آخر عن ابن عمر عن زيد بن ثابت مرفوعاً. رواه الحاكم والطحاوي وابن حزم.

وقد ضعف ابن حزم الحديث من هذا الطريق، لأن في إسناده أحمد بن خالد الوهبي، قال ابن حزم: مجهول.

وليس كما قال، بل هو معروف، وثقه ابن معين، وابن حبان وغيرهما، وروى عنه البخاري خارج الصحيح، وأخرج له ابن خزيمة في صحيحه،نعم نقل عن أحمد أنه امتنع من الكتابة عنه[1].

٢ ـ وعن حكيم بن حزام أنه قال:

---

(١) المستدرك: ٢/٤٠؛ شرح معاني الآثار: ٤/٣٨؛ المحلى ٨/٥٢٣؛ وانظر: تهذيب التهذيب: ١/٢٧.

يا رسول الله! إني رجل أشتري هذه البيوع، فما يحل لي منها وما يحرم؟ قال: «**يا بن أخي إذا اشتريت بيعاً فلا تبعه حتى تقبضه**» رواه الطحاوي، وابن حزم، والدارقطني، وقال النووي: إسناده حسن(١).

وجه الدلالة: أن الحديث الأول قد عم السلع المنقولة من غير فرق بين طعام وغيره، ومن غير فرق بين ما اشتري منها جزافاً أو مقدراً.

وعم الحديث الثاني كل مبيع من غير فرق بين عقار وغيره.

إلا أن أصحاب المذهب الرابع استثنوا العقار بحجة: أن العلة في النهي عن بيع المبيع قبل قبضه هي ما فيه من غرر انفساخ العقد بهلاك المبيع، والهلاك في العقار نادر، لذلك قالوا: لو كان العقار في مكان لا يؤمن عليه فيه من الهلاك؛ كأن يكون على شاطئ البحر ولا يؤمن من زحف الماء عليه، فإنه في هذه الحالة لا يجوز بيعه قبل قبضه(٢).

وقد نقض النووي ذلك بما حاصله: أن السلعة المبيعة لو كانت كتلة كبيرة من الحديد فإن هلاكها نادر، ومع ذلك فإن بيعها قبل القبض غير جائز بالاتفاق فكذلك العقار(٣).

لذلك فإن الراجح **فيما يبدو لي** هو المذهب الخامس.

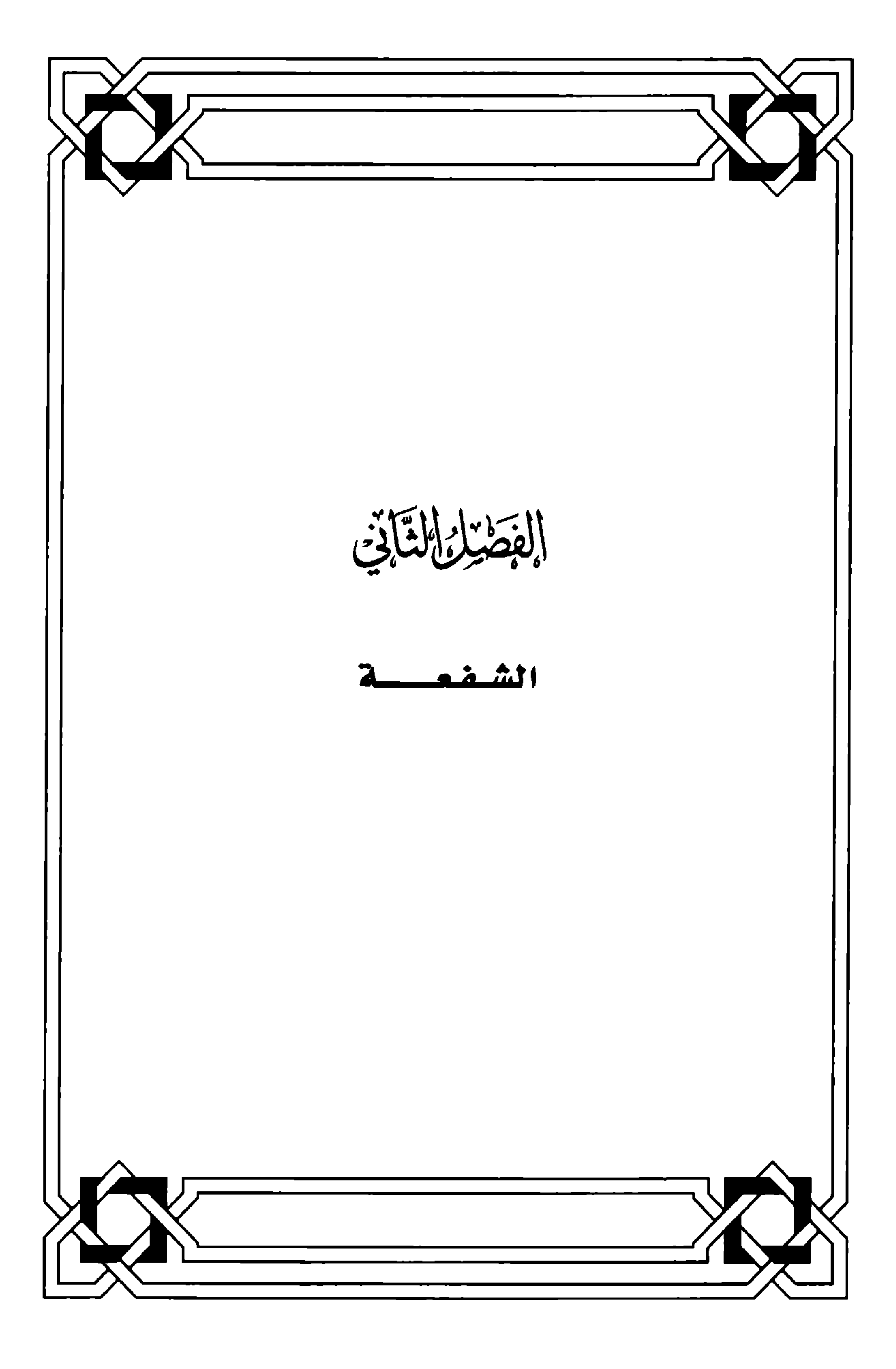
❑❑❑

---

(١) انظر: شرح معاني الآثار؛ والمحلى: الصفحات السابقة؛ والدارقطني: ٣/ ٩؛ والمجموع: ٩/ ٢٩٦.

(٢) البحر الرائق: ٦/ ١٢٦.

(٣) المجموع: ٩/ ٢٩٧.



الفصل الثاني

الشفعة

تمهيد

الشفعة: لغة: مأخوذة من الشفع، وهو الضم، وسميت الشفعة بذلك لأن فيها ضم نصيب إلى نصيب آخر.

أما في **الاصطلاح** فقد اختلف في تعريفها:

فعرفها الحنفية: بأنها تملُّك العقار جبراً على المشتري بما قام عليه.

وعرفها الشافعية: بأنها حق تملك قهري يثبت للشريك القديم على الشريك الحادث فيما ملك، العوض الذي ملك به، وقريب من هذا تعريف المالكية والحنابلة.

وعرفها بعضهم: بأنها انتقال حصة إلى حصة كانت قد انتقلت إلى أجنبي بمثل الثمن المسمى، بسبب شرعي.

واختلافهم في التعاريف راجع إلى اختلافهم في سبب الشفعة:

فالشافعية ومن وافقهم ذكروا لفظ «الشريك»، لأن الشفعة عندهم لا تثبت لغيره، ولم تذكره الحنفية لأنها تثبت عندهم للشريك والجار.

ومن أثبت الشفعة في العقار فقط ذكره في التعريف، ومن أثبتها فيه وفي المنقول عبَّر بالحصة؛ لأنها أعم من أن تكون حصة في عقار أو منقول.

وقالوا: بسبب شرعي، والسبب الشرعي أعم من أن يكون الشركة أو الجوار[1].

---

(١) انظر: البحر الرائق: ٨/ ٤٥٩؛ شرح الدردير: ٣/ ٤٧٣؛ فتح الوهاب شرح المنهج: ١/ ٢٣٧؛ المغني: ٥/ ٤٥٧.

إذا عرفنا هذا فإن الإجماع يكاد ينعقد على مشروعية الشفعة من حيث الأصل، مع اختلافهم في أحكامها، ولم يخالف في مشروعيتها إلا قلة كجابر بن زيد، وأبي بكر بن الأصم، وقد عد العلماء خلافهم هذا شذوذاً مخالفاً للإجماع[١]. إذا تقرر ذلك نتكلم الآن عن الشفعة في مبحثين:

❑❑❑

(١) انظر: فتح العزيز هامش تكملة المجموع: ١١/ ٣٦٣؛ المغني: ٥/ ٤٦١؛ المحلى: ٩/ ٨٣؛ نيل الأوطار: ٥/ ٢٨٢.

المبحث الأول
من تثبت له الشفعة

اختلف الفقهاء هنا على مذاهب أهمها ثلاثة:

المذهب الأول: أثبت الشفعة بالخلطة، فالذي له حق الشفعة هو: الشريك الذي لم يقاسم. وهو الشريك في عين المبيع. وبهذا قال جمهور الفقهاء، وإليه ذهب مالك، والشافعي، وأحمد والإمامية.

المذهب الثاني: جعل الشفعة على ثلاث مراتب:

فيقدم **الشريك غير المقاسم**، وهو الذي يسمى: الشريك في عين المبيع، ثم **الشريك المقاسم** إذا بقيت له خلطة في المرافق: كالطريق، والشرب ونحو ذلك؛ وهو الذي يسمى: الشريك في حق المبيع، ثم **الجار الملاصق**، سواء كان شريكاً في حق الملك أم لا.

وبهذا قال فقهاء الكوفة، وإليه ذهب أبو حنيفة وأصحابه.

إلا أن بعض فقهاء الكوفة: كشريح وغيره لم يقتصروا على إعطاء حق الشفعة للجار الملاصق فقط، وإنما جعلوه حقّاً للجار مطلقاً الأقرب فالأقرب.

وبمثل قول أبي حنيفة، قال الزيدية؛ إلا أنهم جعلوا الشفعة أربع مراتب، وقدموا الشريك في الشرب على الشريك في الطريق.

المذهب الثالث: أثبت الشفعة للشريك في عين المبيع، وللشريك في حق المبيع، ولم يثبتها بمجرد الجوار. وبهذا قال فقهاء البصرة، وهو رواية

عن أحمد، واختارها ابن تيمية وابن القيم من الحنابلة، وبه قال ابن حزم إلا أنه لم يثبتها بالنسبة للشريك في حق المبيع إلا الشريك في الطريق فقط[١].

الأدلـة ومناقشتها

احتج أصحاب المذهب الأول بما يلي:

١ ـ ما صح عن جابر بن عبد الله قال: «قضى رسول الله ﷺ بالشفعة في كل شركة لم تقسم: ربعة، أو حائط؛ لا يحل له أن يبيع حتى يؤذن شريكه؛ فإن شاء أخذ وإن شاء ترك، فإذا باع ولم يؤذنه فهو أحق به» متفق عليه واللفظ لمسلم، ولفظ البخاري: «قضى رسول الله ﷺ بالشفعة في كل ما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة»[٢].

الربعة: الدار. **الحائط**: البستان .**صرفت الطرق**: أي بينت وميزت.

٢ ـ وعن أبي هريرة: أن رسول الله ﷺ قال: «**إذا قسمت الأرض وحدت فلا شفعة فيها**» رواه ابن ماجه، وأبو داود، واللفظ له[٣].

وجه الأدلة: أنه ﷺ أثبت الشفعة للشريك الذي لم يقاسم، أما إذا حصلت القسمة وحدت الحدود فلا شفعة في هذه الحالة، لذلك قالوا: إذا لم تثبت الشفعة للشريك المقاسم فهي لا تثبت للجار من باب أولى، قالوا: وأيضاً فإن الشريك المقاسم يعتبر جاراً بعد القسمة؛ وعليه فإن هذه الأحاديث تعتبر بمثابة النص على أن مجرد الجوار لا تثبت به الشفعة،

---

(١) الهداية مع فتح القدير: ٧/ ٤٠٨؛ شرح الدردير مع حاشية الدسوقي: ٣/ ٤٧٤؛ الإشراف للبغدادي: ٢/ ٥٠؛ مغني المحتاج: ٢/ ٢٩٧؛ المغني: ٥/ ٤٦١؛ إعلام الموقعين: ٢/ ١٢٤؛ المحلى: ٩/ ٨٥، ٩٩؛ البحر الزخار: ٥/ ٦؛ نيل الأوطار: ٥/ ٢٨١؛ منهاج الصالحين: ٢/ ٩٦.

(٢) البخاري هامش الفتح: ٤/ ٣٦٠؛ مسلم هامش النووي: ١١/ ٤٦.

(٣) ابن ماجه: ٢/ ٨٣٢؛ أبو داود: ٣/ ٢٨٦.

فتلخص من هذا كله: أن الشفعة إنما تثبت للشريك الذي لم يقاسم، أما غيره فلا حق له في الشفعة، لا فرق في ذلك بين الجار وغيره.

ويجاب عن ذلك: بأن هذه الأحاديث إنما تتكلم عن الشفعة بسبب الشركة، فإن الشركة تثبت هذا الحق للشريك ما دامت قائمة، فإذا انتهت وحصلت القسمة فلا شفعة بعد ذلك؛ «ضرورة أن السبب الذي هو الشركة قد انتهى». لكن هذا لا يمنع أن يكون للشفعة سبب آخر غير الشركة، وهو الجوار، ما دام لهذا السبب من الأدلة ما يثبته، وعليه فلو قلنا بثبوت الشفعة للجار، وكان للبائع جاران، وكان أحدهما شريكاً له فيما مضى ثم قاسمه، فإن الجارين في هذه الحالة سواء في حق الشفعة، وكون أحدهما شريكاً سابقاً لا يميزه على الآخر في هذا الحق.

وبحديث جابر السابق كما جاء في لفظ البخاري احتج أصحاب المذهب الثالث؛ وذلك لأنه قد جاء فيه قوله: «وصرفت الطرق» أي: ميزت وبينت. قالوا: هذا يثبت أن الجار له حق الشفعة ما دامت الطرق مشتركة وغير متمايزة.

وزاد بعضهم على ذلك الاستدلال بحديث جابر قال:

قال رسول الله ﷺ: «**الجار أحق بشفعة جاره، ينتظر بها وإن كان غائباً، إذا كان طريقهما واحداً**» رواه أبو داود، وابن ماجه، والترمذي وحسنه، وصححه ابن القيم، وقال الحافظ ابن حجر: رجاله ثقات[1].

فهذا الحديث واضح الدلالة على ما ذهبوا إليه؛ حيث إنه قيد حق الجار في الشفعة بكون الطريق واحداً.

---

(١) أبو داود: ٣/ ٢٨٦؛ ابن ماجه: ٢/ ٨٣٣؛ الترمذي هامش تحفة الأحوذي: ٢/ ٢٩٢؛ إعلام الموقعين: ٢/ ١١٨؛ سبل السلام: ٣/ ٧٥.

إلا أن ابن حزم قد ضعف هذا الحديث؛ لأن في إسناده عبد الملك بن أبي سليمان العرزمي، قال: هو ضعيف، متكلم فيه، ضعفه شعبة وغيره[١].

وهو يعني بذلك ما قاله شعبة: لو روى عبد الملك حديثاً آخر مثل حديث الشفعة لطرحت حديثه، ومثل ذلك قال يحيى القطان.

ويبدو لي: أن ابن حزم لم يصب في حكمه على عبد الملك بالضعف بسبب كلام شعبة فيه، بل هو ثبت حجة حافظ، لم يتكلم فيه غير شعبة وتبعه في ذلك من تبعه، وإنما أنكر العلماء عليه هذا الحديث بالذات، فقال أحمد: هذا الحديث منكر، وعبد الملك ثقة. وكذلك قال ابن معين وغيره.

وعليه فيترك هذا من حديث عبد الملك، لكن هذا لا يعني الحكم عليه بالضعف، وإنما يضعف من يكثر وهمه ويفحش غلطه، وعبد الملك ليس من هذا القبيل، وهناك فرق بين قولهم: حديث منكر، وقولهم عن رجل: منكر الحديث، فليتنبه لذلك، أما الكلام السابق المنقول عن شعبة ويحيى فهو من التشدد الذي عرفا به، وقد تحاشا النقاد تشددهما، يعلم ذلك من له أدنى خبرة بعلم الرجال[٢].

وقد دافع ابن القيم وغيره عن هذا الحديث واحتجوا به، لكني أتوقف عن الاحتجاج به، لما مر ذكره عن أحمد وغيره، مع معارضتنا لابن حزم في حكمه بتضعيف عبد الملك بسبب هذا الحديث.

أما **الحجة لأصحاب المذهب الثاني** ـ القائلين بإثبات الشفعة بسبب الجوار سواء كان الجار شريكاً في المرافق أو لا ـ فهي ما يلي:

١ ـ ما صح عن أبي رافع مولى رسول الله ﷺ ـ من حديث طويل ـ: أنه ﷺ قال: «**الجار أحق بسقبه**» رواه البخاري[٣].

---

(١) المحلى: ٩/ ١٠٢ ـ ١٠٣.

(٢) انظر: إعلام الموقعين: الصفحة السابقة؛ تهذيب التهذيب: ٦/ ٣٩٨؛ نصب الراية: ٤/ ١٧٣.

(٣) البخاري هامش الفتح: ٤/ ٣٦١.

السقب والصقب: بمعنى واحد، معناهما: القرب من الدار.

فهذا ﷺ يثبت الشفعة للجار بسبب الجوار.

واعترض على الاستدلال بهذا الحديث بعدة وجوه:

الأول: أن المراد بالجار هنا الشريك.

والجواب على ذلك: أن هذا ليس بصحيح، فقد جاء هذا الحديث عند النسائي عن عمرو بن الشريد عن أبيه بلفظ: أن رجلاً قال: يا رسول الله، أرضي ليس لأحد فيها شركة ولا قسمة إلا الجوار، فقال ﷺ: «**الجار أحق بسقبه**»[١].

فهذا ينفي صراحة أن يكون المراد بالجار هنا الشريك، لأن السائل قد أوضح أن لا حق في أرضه من شركة أو غيرها سوى الجوار، وجاء جواب الرسول ﷺ بناء على هذا الإيضاح.

الثاني: حمل البعض هذا الحديث على معنى: أن الجار أحق بالبر بسبب قربه من جاره، وبذلك جعلوا المراد من الحديث: الحث على مكارم الأخلاق، وأخرجوه عن أن يكون المراد منه الشفعة.

والذي يبدو لي: أن هذا الاعتراض ليس بصواب، ولا أدري كيف استساغوا حمله على المعنى المذكور؟! مع أن الحديث وارد صراحة في قوم احتكموا إلى الرسول ﷺ في أرض بيعت ليس لأحد فيها حق إلا الجوار، فقضى بأن الجار أحق بها، وقد جاء التصريح بالبيع في رواية الطحاوي لهذا الحديث عن الشريد قال: قلت: يا رسول الله، أرض ليس فيها لأحد قسم ولا شريك إلا الجوار بيعت، فقال: «**الجار أحق بسقبه**»[٢].

فهذا الحديث يدل دلالة واضحة على أنهم كانوا يعلمون بأن الأرض إذا بيعت، وكان للبائع شريك؛ فهو أحق بها يأخذها بالشفعة بسبب الشركة،

---

(١) سنن النسائي: ٧/ ٣٢٠.

(٢) شرح معاني الآثار: ٤/ ١٢٤.

فأرادوا أن يعلموا من الرسول ﷺ أثر الجوار، فسألوه عن ذلك فأجابهم بأن الشفعة تثبت بالجوار.

الثالث: اعترض ابن حزم على الاستدلال بهذا الحديث أيضاً بما رواه بإسناده من طريق عبد الله بن عبد الرحمن الثقفي، قال: سمعت عمرو بن الشريد يحدث عن الشريد عن النبي ﷺ قال: «**المرء أحق وأولى بسقبه**» قلت لعمرو: ما صقبه؟ قال: الشفعة، قلت: زعم الناس أنها الجوار، قال: الناس يقولون ذلك.

قال ابن حزم: فهذا راوي الحديث عمرو بن الشريد لا يرى الشفعة بالجوار، ولا يرى لفظ ما روى يقتضي ذلك[1].

والذي يبدو لي: أن هذا عجيب من ابن حزم؛ فلا أدري من أين أتى بهذا الفهم؟! فإن الرجل سأل عن معنى «**صقبه**»، فقال له عمرو: الشفعة، فإذا كان هذا معنى الصقب عنده، وكان المراد بلفظ «**المرء**» في الحديث الجار، وهذا لابد منه لأنه قد جاء هكذا في الروايات الأخرى للحديث، ثم أردنا بعد ذلك كله أن نروي الحديث بالمعنى هكذا: «**الجار أحق وأولى بالشفعة**»، وعليه فكيف يمكن أن يقال بعد ذلك: إنه ينفي الشفعة بالجوار؟ فهذا لا يكاد يعقل، وإنما الذي نفاه من إرادة معنى الجوار هو: حمل الحديث على معنى البر بالجار، وإخراجه عن أن يكون المراد منه الشفعة، كما سبق ذكره عن بعضهم، وكما فهمه ابن حزم بالنسبة لأحاديث أخرى جاء فيها ذكر الجوار.

على أن الذي يحسم المسألة نهائياً بالنسبة لحديث أبي رافع الذي رواه البخاري واحتج به أصحاب المذهب الثاني، هو رواية إسحاق بن راهويه لهذا الحديث.

---

(١) المحلى: ٩/ ١٠٤.

وبيان ذلك: أن البخاري قد روى هذا الحديث من طريق عمرو بن الشريد عن أبي رافع. وكذلك رواه إسحاق من هذا الطريق وبروايتين:

إحداهما: بلفظ: أنه ﷺ قال: «**الجار أحق بسقبه**».

والثانية: بلفظ: «**الجار أحق بشفعته**»[١].

ولفظ الرواية الأولى هو نفس لفظ البخاري، فتكون الرواية الثانية مفسرة للأولى، ومزيلة لكل إشكال يتعلق بمعناها.

وقد أطلت الكلام فيما يتعلق بهذا الحديث؛ لكثرة النزاع الذي دار حوله، فأردت أن أحسم لك الموضوع.

٢ ـ واحتج أصحاب هذا المذهب أيضاً، بحديث الحسن عن سمرة، قال: قال رسول الله ﷺ: «**جار الدار أحق بالدار**» رواه الترمذي، وقال: حديث حسن صحيح. ورواه أبو داود بلفظ: «**جار الدار أحق بدار الجار، أو الأرض**» ورواه الطحاوي من خمسة طرق صحيحة بلفظ: «**جار الدار أحق بشفعة الدار**».

وحديث سمرة هذا رواه الترمذي وغيره عن أنس أيضاً، وقد صحح الحديث عن أنس: ابن حبان، وابن القطان[٢].

وهذه الأحاديث كلها صريحة في أن الشفعة تثبت بالجوار.

وقد **اعترض ابن حزم** على الاستدلال بذلك:

فضعف حديث سمرة بن جندب؛ لأنه من رواية الحسن البصري عنه.

قال: والحسن لم يسمع من سمرة إلا حديث العقيقة.

---

(١) نصب الراية: ٤/ ١٧٤.

(٢) الترمذي هامش تحفة الأحوذي: ٢/ ٢٩٢؛ أبو داود: ٣/ ٢٨٦؛ شرح معاني الآثار: ٤/ ١٢٣؛ نصب الراية: ٤/ ١٧٢ وما بعدها.

والجواب على ذلك نعرفه مما ذكرناه بالتفصيل في مبحث خيار المجلس، فارجع إليه، وبه يتبين لك إن شاء الله تعالى صواب تصحيح الترمذي وغيره لهذا الحديث.

وضعف ابن حزم أيضاً حديث أنس، وكذلك ضعفه الدارقطني.

ويرد عليهما تصحيح ابن القطان وغيره له كما سبق، على أننا لو سلمنا ضعفه فإن هذا الحديث ليس بمفرده، وإنما معه حديث سمرة فيعضد أحدهما الآخر[1].

٣ ـ واحتجوا أيضاً بحديث ابن عباس: أنه ﷺ قال: «**من كان له أرض وأراد بيعها، فليعرضها على جاره**» رواه ابن ماجه، وقال ابن القيم: رجال إسناده محتج بهم في الصحيح[2].

وقد **اعترض أصحاب المذهب الثالث** على هذه الأدلة عموماً بأنه إذا سلمت صحتها فهي مخصصة بما إذا كان الجار شريكاً في الطريق، لحديث جابر السابق فإنه قد جاء فيه: «**إذا كان طريقهما واحداً**»، وحديث جابر الذي احتج به أصحاب المذهب الأول فإنه قد جاء فيه: «**إذا وقعت الحدود وصرفت الطريق فلا شفعة**» وحديث أبي هريرة يتضمن نفس المعنى.

فهذه كلها تدل على أن شفعة الجار مقيدة بما إذا كان شريكاً في الطريق.

والجواب على ذلك يعرف مما سبق ذكره، وخلاصته: أن حديث جابر الأول غير صالح للاحتجاج به. أما الأحاديث الأخرى فهي صحيحة لكنها في غير موضع النزاع، لأنها تتكلم في حق الشفعة للشريك، أما حق الشفعة بالجوار فقد ثبت بأدلة أخرى.

---

(١) انظر: نصب الراية، وتحفة الأحوذي: الصفحات السابقة؛ عمدة القاري: ١٢/ ٢١.

(٢) ابن ماجه: ٢/ ٨٣٣؛ إعلام الموقعين: ٢/ ١٢٠.

والذي يظهر ليَ من حديث الشريد السابق الذي رواه الطحاوي والنسائي: أن تشريع الشفعة بسبب الجوار قد جاء متأخراً عن تشريع الشفعة بسبب الشركة. وعليه فالأحاديث الواردة في شفعة الشريك لا تصلح لتقييد إطلاق الأدلة الواردة في شفعة الجوار.

ثم إن الشارع إنما شرع الشفعة لدفع ضرر متوقع من شريك جديد أو جار جديد، فإذا تمايزت الأملاك واستقلت بمرافقها لم يعد هناك ضرر متوقع من شريك جديد؛ حيث لا شركة، لكن الضرر المتوقع من جار جديد ما زال قائماً؛ إذ من المعلوم أن مجرد تمايز الأملاك بحدودها ومرافقها من طريق وغيره لا يمنع تعدي الضرر من الجار السيِّئ إلى جاره؛ وعليه فلو أننا تأملنا المسألة لوجدنا أن حكمة الشارع ورعايته لمصالح الخلق تتجلى في تشريع الشفعة بسبب الجوار أوضح من تجليها في تشريعها بسبب الشركة؛ ذلك لأن الضرر المتأتي من الشريك يمكن دفعه بالقسمة، أما الضرر المتأتي من الجار فإن دفعه لا يتأتى إلا بالرحيل أو مواجهة الجار بالقوة: سواء منها القوة الشخصية أو قوة الدولة من قضاء ونحوه؛ فالفرق بين هذا والذي قبله كبير كما لا يخفى.

ويعضد هذا كله ما رواه عبد الرزاق بإسناده عن الشعبي قال: قال رسول الله ﷺ: «**الشفيع أولى من الجار، والجار أولى من الجنب**». وإسناد الحديث إلى الشعبي صحيح إلا أنه مرسل[١].

لذلك فالراجح فيما أرى هو ما ذهب إليه أصحاب المذهب الثاني.

بقي هنا شيء أود الإشارة إليه، وهو: أن الشفيع يثبت حقه في الشفعة من حين علمه بالبيع، فإذا علم فإلى أي مدى يمتد حقه في طلب الشفعة؟.

قال أبو حنيفة والشافعي في أظهر أقواله: يجب عليه أن يبادر من حين علمه؛ فإذا ترك المبادرة إلى طلب الشفعة من غير عذر بطل حقه.

---

(١) مصنف عبد الرزاق: ٨/ ٧٨؛ إعلام الموقعين: ٢/ ١٢٠.

وروي عن بعض أصحاب أبي حنيفة أن ذلك على المجلس؛ لأنه تمليك يحتاج إلى تروٍّ ونظر. ثم إذا طلب الشفيع الشفعة وأشهد على ذلك فليس عليه المبادرة إلى طلب الشفعة قضاء، وإنما له تأخير ذلك عند أبي حنيفة من غير تقييد بوقت، فإذا تضرر المشتري من ذلك رفع الأمر إلى القاضي فيوقت للشفيع وقتاً يوفي فيه الثمن أو يبطل حقه في الشفعة.

وعن أبي يوسف: إن ترك المطالبة بالشفعة قضاء مجلساً أو مجلسين من مجالس الحكم بطل حقه، وفي رواية عنه: ثلاثة أيام. وقال محمد: إن أخر المطالبة قضاء شهراً بلا عذر بطل حقه. هذا تفصيل مذهب الحنفية.

أما الأقوال الأخرى للشافعي فهي ثلاثة:

أحدها: أن الشفعة تمتد إلى ثلاثة أيام.

الثاني: تمتد مدة تسع التأمل في مثل العقار المراد التشفع فيه.

الثالث: أنها على التأبيد ما لم يصرح بإسقاطها أو يعرِّض به؛ كأن يقول: بعه لمن شئت.

وقال مالك: يمتد حقه بالمطالبة إلى سنة من حين علمه، فإذا مضت السنة ولم يطالب بالشفعة ولا عذر له بالتأخير بطل حقه.

وقال ابن حزم: إن أخبر البائع الشريك قبل البيع فعليه القبول بالبيع أو أخذه بالشفعة، أما إذا لم يخبره فإن حقه لا يسقط مطلقاً ولو سكت الدهر كله إذا صرح بترك حقه في الشفعة[1].

❑❑❑

---

(١) الهداية مع فتح القدير: ٧/٤١٦؛ مجمع الأنهر: ٢/٤٧٥؛ الاختيار: ٢/٤٤؛ مغني المحتاج ٢/٣٠٧؛ شرح الدردير: ٣/٤٨٥؛ المحلى: ٩/٨٩.

المبحث الثاني
ما تثبت فيه الشفعة

اختلف العلماء هنا على مذاهب؛ أهمها مذهبان:

المذهب الأول: تثبت الشفعة في العقار دون المنقول. وبذلك قال جمهور العلماء، وإليه ذهب أبو حنيفة، ومالك والشافعي، وأحمد في رواية، والإمامية في أقوى القولين عندهم.

ومع ذلك فقد اختلفوا في العقار الذي لا ينقسم، وهو الذي إذا قسم بطلت منافعه، فقال أبو حنيفة، ومالك في قول: تثبت فيه الشفعة أيضاً؛ وقال الشافعي وأحمد، ومالك في قول، والإمامية في أقوى القولين: لا تثبت فيه الشفعة.

وقد علل أبو حنيفة مذهبه: بأن الشفعة إنما تثبت لدفع الضرر عن الشريك أو الجار من دخول شريك أو جار جديد، ولا فرق في هذا بين ما ينقسم وبين ما لا ينقسم.

وعلل الشافعية ومن معهم مذهبهم: بأن حق الشفعة إنما ثبت لدفع ضرر مؤونة القسمة واستحداث مرافق جديدة، وما دام هذا لا يمكن قسمته إذن فلا تثبت فيه الشفعة.

والذي يبدو لي: أن تعليل الحنفية أولى بالرجحان؛ فقد أثبتنا لك رجحان مذهبهم في القول بثبوت شفعة الجوار، ومن الواضح أن هذه لا علة لها إلا دفع الضرر.

المذهب الثاني: تثبت الشفعة في كل شيء: عقاراً كان أو منقولاً، وبذلك قال ابن حزم، والزيدية، وأحمد في رواية، والإمامية في قول[١].

ولا أظنني بحاجة للتنبيه إلى أن المنقول لا دخل لشفعة الجوار فيه، وإنما تثبت فيه الشفعة للشريك فقط.

الأدلة ومناقشتها

استدل أصحاب المذهب الأول: بما روي عن جابر، قال: قال رسول الله ﷺ: «**لا شفعة إلا في ربع أو عقار**».

وروى البيهقي الحديث أيضاً عن أبي هريرة بلفظ: «**لا شفعة إلا في دار أو عقار**» لكن قال عنه: إسناده ضعيف[٢].

واستدل **أصحاب المذهب الثاني**: بحديث ابن أبي مليكة عن ابن عباس قال: قال رسول الله ﷺ: «**الشريك شفيع، والشفعة في كل شيء**» رواه الطحاوي ومن طريقه رواه ابن حزم.

وأخرجه الترمذي، والبيهقي أيضاً، إلا أنهما صححا إرساله، وعللا ذلك: أن أبا حمزة السكري قد تفرد بذكر ابن عباس، بينما رواه الأكثرون عن ابن أبي مليكة مرسلاً[٣].

ورد ذلك ابن القيم: بأن السكري ثقة احتج به صاحبا الصحيح، قال: وإذا قلنا بأن زيادة الثقة مقبولة؛ فرفع الحديث إذن صحيح، وإلا فغايته أنه مرسل صحيح عضدته الآثار المرفوعة والقياس الجلي[٤].

أقول: وما قاله ابن القيم في غاية الصحة.

---

(١) راجع مصادر آراء الفقهاء في المبحث الأول.

(٢) انظر: نصيب الراية: ٤/١٧٨؛ السنن الكبرى: ٦/١٠٩.

(٣) شرح معاني الآثار: ٤/١٢٥؛ المحلى: ٩/٨٤؛ السنن الكبرى: الصفحة السابقة؛ الترمذي: ٣/ ٦٥٤.

(٤) إعلام الموقعين: ٢/ ١١٤.

وبيان ذلك: أن مرسل ابن أبي مليكة قد ذكره ابن حزم بلفظ: «قضى رسول الله ﷺ بالشفعة في كل شيء: الأرض، والدار والجارية، والخادم». وقال: ما نعلم في المرسلات أقوى من هذا[١].

وقد اعتضد هذا المرسل بحديث جابر قال: «قضى رسول الله ﷺ بالشفعة في كل شيء» رواه الطحاوي، ومن طريقه رواه ابن حزم، وقال ابن القيم: رجال إسناد ثقات، وقال ابن حجر: إسناده لا بأس به[٢].

وقد **احتج ابن حزم** أيضاً بحديث جابر قال: قال رسول الله ﷺ: «**الشفعة في كل شرك: في أرض أو ربع أو حائط، لا يصلح أن يبيع حتى يؤذن شريكه فيأخذ أو يدع، فإن أبى فشريكه أحق به حتى يؤذنه**» رواه مسلم[٣].

وجه الدلالة: ما جاء في صدر الحديث: «**الشفعة في كل شرك**» من غير أن يفرق بين عقار ومنقول، فإن قيل: قد ذكر بعد ذلك الأرض، والربع؛ أي: الدار، والحائط، أي: البستان، وكل ذلك عقار.

قلنا: لكن لم ينفِ غيرها، فيبقى لذلك صدر الحديث على عمومه، ويكون هذا من ذكر الخاص بعد العام لبيان أهميتها؛ لأن العقار أهم من المنقول.

ثم ذكر ابن حزم ما حاصله: أن الشفعة لا تخلو إما أن تكون من طريق النص كما نقول، أو من طريق النظر كما يقولون، قال: فإن كانت من طريق النص فهذه النصوص التي أوردناها لا يحل الخروج عنها، وإن كانت من طريق النظر فهم يقولون: إن الشفعة إنما جعلت لدفع الضرر عن الشريك، قال: فالعلة في ذلك موجودة في غير العقار كما هي موجودة في العقار بل

---

(١) المحلى: ٩/ ٨٧.

(٢) شرح معاني الآثار؛ والمحلى؛ وإعلام الموقعين؛ الصفحات السابقة.

(٣) مسلم هامش النووي: ١١/ ٤٧.

أكثر، وفيما لا ينقسم كوجودها فيما ينقسم، بل هي فيما لا ينقسم أشد ضرراً[1].

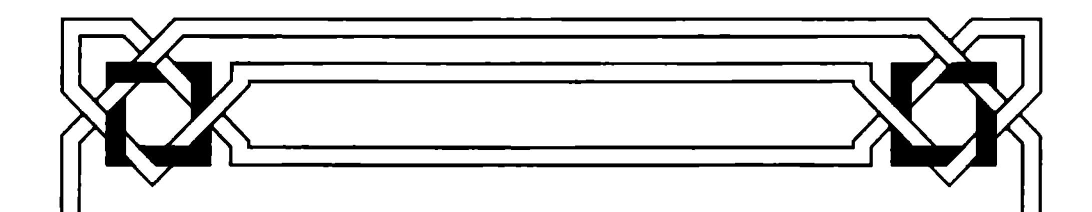
ولعله يعني بذلك: أن إدخال الضرر على المنقول أيسر من إدخاله على العقار، ثم إن العقار الذي تمكن قسمته يمكن دفع ضرر الشريك فيه بقسمته، والقسمة لا تتأتى فيما لا يقسم من العقار وفي نسبة كبيرة من المنقول؛ لذلك كانت الحاجة إلى الشفعة فيهما أشد من الحاجة إليها في العقار القابل للقسمة.

وبهذا يتضح رجحان ما ذهب إليه أصحاب المذهب الثاني، والله أعلم.

❑ ❑ ❑

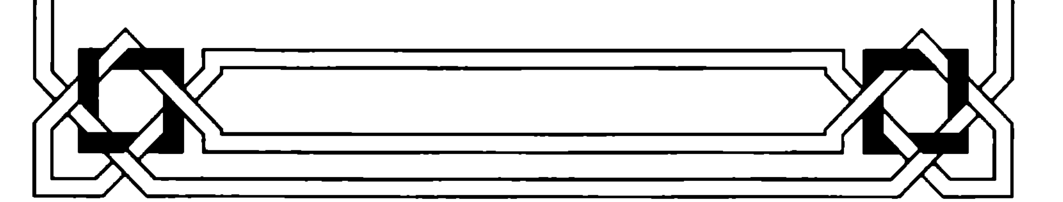
---

(١) المحلى: الصفحة السابقة.



الفصل الثالث

قبض العين المرهونة والانتفاع بها



تمهيد

الرهن: احتباس العين وثيقة بالحق، ليستوفي الحق من ثمنها أو من ثمن منافعها عند تعذر أخذه من الغريم.

فإذا دان شخص آخر ديناً، وأخذ منه شيئاً يستوثق به لدينه: كدار أو أي شيء آخر يمكنه بيعه، فإن الدائن في هذه الحالة يسمى: مرتهن، والمدين: راهن، والشيء الذي هو وثيقة الدين: مرهون، ويقال أيضاً: رهن، تسمية له بالمصدر[١].

وأحكام الرهن وشروطه وما يتعلق بذلك كثيرة، إلا أن المقرر علينا دراسته في هذه المرحلة، هو: قبض العين المرهونة، والانتفاع بها، ويبدو لي: أن من المهم سبق ذلك بالكلام عن مشروعية الرهن، وسأتكلم عن كل واحد منها في مبحث مستقل؛ لذلك فإن هذا الفصل سيتضمن ثلاثة مباحث:

❑❑❑

---

(١) القرطبي: ٣/ ٤٠٩، تكملة البحر الرائق: ٨/ ٢٦٣؛ مغني المحتاج: ٢/ ١٢١؛ القاموس المحيط: ٤/ ٢٣٠.

المبحث الأول
مشروعية الرهن

الرهن مشروع، لا أعلم في ذلك خلافاً، وقد قال تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَٱكْتُبُوهُ﴾ إلى أن قال: ﴿وَإِن كُنتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُواْ كَاتِبًا فَرِهَٰنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ [البقرة: ٢٨٢ ـ ٢٨٣].

إلا أنهم اختلفوا في شروط مشروعيته على ثلاثة مذاهب:

المذهب الأول: لا يشرع الرهن إلا في السفر، مع عدم وجود كاتب يكتب الدين. روي ذلك عن مجاهد والضحاك وآخرين من فقهاء السلف، ونسب القول به لداود الظاهري.

المذهب الثاني: لا يجوز اشتراط الرهن إلا في البيع والسلم والقرض في السفر خاصة، ولا يجوز اشتراطه فيما سوى ذلك، لكن إذا تبرع به الراهن جاز. وبذلك قال ابن حزم[١].

المذهب الثالث: يجوز الرهن في السفر والحضر سواء اشترطه المرتهن أو تبرع الراهن، وبه قال جمهور العلماء[٢].

---

(١) المحلى: ٨/ ٨٧.

(٢) المغني: ٤/ ٣٦٧؛ المحلى: ٨/ ٨٧؛ البحر الزخار: ٥/ ١١٠؛ القرطبي: ٣/ ٤٠٧؛ فتح الباري: ٥/ ٩٩.

الأدلة ومناقشتها

ربما يكون المذهب الأول هو نفسه مذهب ابن حزم، فإذا كان هو فالجواب عليه هو نفس الجواب على ابن حزم وسيأتي، أما إذا كان مذهبهم هو عدم جواز أخذ الرهن في الحضر أصلاً فإني لا أعلم لهم دليلاً إلا أن يكون ظاهر الآية السابقة، وحينئذ يكون الجواب ما يلي:

١ ـ أن الآية خرجت مخرج الغالب؛ لأن السفر هو مظنة العذر في عدم وجود كاتب يكتب الدين، وليس المراد منها عدم جواز أخذ الرهن إلا في السفر؛ فقد صح في ذلك حديث سنذكره فيما بعد.

٢ ـ أما ابن حزم فقد خص جواز اشتراطه في السلم والبيع والقرض في السفر خاصة؛ قال: لوجود إذن من الشارع فيما ذكر فقط؛ لذلك فإن اشتراطه في غيره يدخل ضمن قوله ﷺ: «**كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل**»[(١)].

وأجيب: بأن المراد بقوله: «**ليس في كتاب الله**» أي: خالف الشرع بأن أحلَّ حراماً أو حرَّم حلالاً، بدليل قوله ﷺ: «**المسلمون عند شروطهم، إلا شرطاً حرم حلالاً، أو أحل حراماً**» رواه الترمذي، وقال: حسن صحيح، وأخرجه السيوطي وصححه من حديث أبي هريرة، وأم المؤمنين عائشة، وأنس. وأخرجه الحاكم من طريقين، والبيهقي من عدة طرق.

وقد حمل ابن حزم على هذا الحديث في عدة مواضع من المحلى؛ لأن في إسناده: كثير بن عبد الله بن عمرو؛ وهو ضعيف جداً. لكن فاته أن الحاكم وغيره قد رووه عن كثير بن زيد؛ وهذا وإن ضعفه النسائي، فقد وثقه ابن حبان، وقال أحمد: لا أرى به بأساً، وأكثر النقاد على ذلك، فخلط ابن

---

(١) المحلى: الصفحة السابقة.

حزم بين هذا والذي قبله كما قال الحافظ ابن حجر؛ لذلك ضعف الحديث، بينما هو بهذا الإسناد مع طرقه الأخرى الكثيرة إذا لم يكن صحيحاً فهو لا ينزل عن مرتبة الحسن[١].

أما الجمهور فحجتهم الحديث السابق: «**المسلمون عند شروطهم**» وكذلك ما صح عن أنس قال: «رهن رسول الله ﷺ درعاً له بالمدينة من يهودي وأخذ منه شعيراً لأهله»[٢].

❑ ❑ ❑

---

(١) الجامع الصغير: ٦/ ٢٨٢؛ المستدرك: ٢/ ٤٩؛ تهذيب التهذيب: ٨/ ٤١٤.

(٢) البخاري مع عمدة القاري: ١١/ ١٨٣.

المبحث الثاني
قبض الرهن

إذا تم العقد وجب على الراهن دفع العين المرهونة ليحوزها المرتهن، فإذا قبضها المرتهن أو وكيله صح ذلك بالإجماع، فإذا اشترط عدم تسليم الرهن للمرتهن، وإنما يوضع عند شخص عدل غيره، واتفقا على ذلك، فهل يصح هذا أم لا؟.

هنا اختلف الفقهاء على مذهبين:

المذهب الأول: هذا ليس بقبض. وبه قال عطاء وابن أبي ليلى، وإليه ذهب الظاهرية، ونسبه صاحب الهداية لمالك، وليس هذا بصواب.

المذهب الثاني: يصح ذلك. وهو مذهب الجمهور، وإليه ذهب الأئمة الأربعة وغيرهم[١].

الأدلة ومناقشتها

أسوق **أدلة الظاهرية**، ومن مناقشتها يعلم دليل الجمهور.

وقد احتج الظاهرية بظاهر الآية السابقة، فهي قد ذكرت المتداينين، وذكرت القبض في الرهن، والقابض بالضرورة هو الدائن، والرسول ﷺ حين رهن الدرع أقبضه للدائن، فهذا إذن هو القبض الصحيح، أما قبض غير صاحب الدين فلم يأتِ به نص أو إجماع، واشتراط أن يقبضه غير صاحب الدين شرط ليس في كتاب الله فهو باطل.

---

(١) الهداية مع فتح القدير: ٨/ ٢٢٠؛ مغني المحتاج: ٢/ ١٣٣؛ المغني: ٤/ ٣٨٦؛ القرطبي: ٣/ ٤١٠؛ المحلى: ٨/ ٨٨؛ شرائع الإسلام: ٢/ ٧٩.

والجواب على ذلك: أن الله تعالى يقول: ﴿فَرِهَٰنٞ مَّقۡبُوضَةٞۖ﴾ فلم تشترط الآية قابضاً معيناً، فإن قبضه الراهن أو وكيله أو عدل يتفقوا عليه فكل ذلك قبض لغة وحقيقة؛ لأن العدل نائب عن صاحب الحق فهو بمنزلة الوكيل.

❑ ❑ ❑

المبحث الثالث
الانتفاع بالرهن

إذا قبض المرتهن الرهن فلمن تكون منافعه؟.

جمهور الفقهاء على أن جميع منافع الرهن للراهن، لا يجوز للمرتهن أن ينتفع بشيء منها بدون إذن من الراهن.

فإن قيل: إذا كانت العين بيد المرتهن فكيف يتسنى للراهن الانتفاع بها؟.

الجواب على ذلك: أن من المنافع ما يمكن الحصول عليها من غير نزع العين المرهونة من المرتهن كثمرة البستان، وما ينتج عن الماشية ونحو ذلك، فهذه للراهن وهي حقه وملكه، فلو سلمت له فإن ذلك لا يضر بحق المرتهن في حبس العين عنده.

إلا أنَّ أمر تسلمها من قبل الراهن موضع خلاف، بمعنى: أن هذه المنافع مع كونها حقّاً للراهن فهل له استلامها، أو تضاف إلى أصل الرهن فتكون رهناً؟.

قال بعض الفقهاء: له استلامها، وبذلك قال الشافعية، والظاهرية وبعض الزيدية.

وفصل مالك فقال: إن كان الزائد نسلاً: كولد الدابة؛ تبع الأصل في الرهن. وإن كان نتاجاً: كالصوف واللبن وثمر الأشجار؛ فهذا لا يتبع الأصل.

وقال بعض الفقهاء: كل ما ينتج عن الأصل يتبعه، فيكون رهناً، لا فرق بين النسل وغيره.

وبذلك قال أبو حنيفة، وأحمد، والإمامية، وبعض الزيدية[١].

لكن يؤخذ على هذا: أن المنافع لم تكن موجودة وقت العقد ولا جرى التعاقد عليها، فبأي حق يحبسها المرتهن؟.

أما إذا كانت المنافع ليست نتاجاً كالذي مر ذكره، وإنما هي منافع من نوع آخر: كسكنى الدار وتأجيرها، وركوب الدابة ونحو ذلك؛ فهذه قد اختلف فيها الفقهاء:

فقال أبو حنيفة: لا يحق للراهن استرداد الرهن للانتفاع به إلا إذا وافق المرتهن على إعارته له، وما دام الرهن في يد الراهن إعارة فإن للمرتهن في هذه الحالة استرداده منه متى شاء، وإذا هلك بيد الراهن فليس للمرتهن طلب رهن جديد بدله.

وقال أحمد: ليس للراهن الانتفاع بالرهن من سكنى أو نحوها، ولا التصرف فيه بإجارة ونحوها، إلا إذا رضي المرتهن بذلك، وبنحو هذا قال الإمامية وأكثر الزيدية.

وقال مالك: إذا أمكن المرتهن الراهن من سكنى الدار أو إيجارها أو نحو ذلك بحيث تصير العين المرهونة بيد الراهن؛ فإن الرهن في هذه الحالة يبطل ويصبح الدين بدون رهن.

فإن قيل له: إن منافع الرهن للراهن فكيف إذن يتمكن من استيفائها؟.

أجاب: ينيب الراهن المرتهن عنه في ذلك، فيؤجر المرتهن أو يستغله بأي وجه من وجوه الاستغلال نيابة عن الراهن، وبذلك تبقى العين بيد المرتهن ولا تفوت منفعتها على الراهن.

---

(١) انظر: الهداية: ٤/ ١٥٥؛ القوانين الفقهية، ص ٣٨٦؛ مغني المحتاج: ٢/ ١٢٢؛ المغني: ٤/ ٤٣٤؛ البحر الزخار: ٥/ ١١٦؛ شرائع الإسلام: ٢/ ٨٣.

وقال الشافعي: يمكن الراهن من الانتفاع بالعين المرهونة بما لا ينقص ثمنها، أما الانتفاع بما ينقص الثمن فهذا موقوف على رضا المرتهن، ثم إن أمكنه الانتفاع من غير استرداد من المرتهن لا يسترد، وإلا كان له حق الاسترداد ليتمكن من تحصيل المنافع، وإذا كانت العين مما لا يدوم استيفاء منافعها عند الراهن كالدابة ونحوها؛ كان عليه أن يردها بعد كل مرة ينتفع بها، فإن كانت حاجته إليها نهاراً أعادها ليلاً، وإن كانت ليلاً أعادها نهاراً وهكذا.

وكل ما يمنع منه الراهن من تصرفات أو انتفاع يجوز بإذن المرتهن.

فإن قيل: فأين ضمان حق الدائن إذن عند عدم الوفاء؟.

أجيب: بأن حقه منوط بعين الرهن لا بمنفعته؛ والعين باقية لا يحق للراهن التصرف في نقل ملكيتها ببيع ولا غيره ما دامت مرهونة.

وبمثل مذهب الشافعي قال الظاهرية وبعض الزيدية[1].

ومما لا خفاء فيه أن الأخذ بقول من يشترط إذن المرتهن أو رضاه لانتفاع الراهن بالعين المرهونة قد يؤدي إلى تعطيل منافعها أو تفويتها على الراهن، وهذا إضرار به وإضاعة للمنافع ـ وهي مقدرة بمال ـ وهذا لا يصح؛ لأنَّ كلّاً من الإضرار وإضاعة المال منهي عنه شرعاً، إذن فلا بد من وسيلة للخروج من ذلك: إما بأن يستغله المرتهن لمصلحة الراهن كما يقول مالك، أو بأن يعطي للراهن حق الانتفاع بملكه بما لا ينقص قيمته كما يقول الشافعي.

وما مضى كله بالنسبة لانتفاع الراهن بالعين المرهونة.

---

(١) انظر: الهداية: ٤/ ١٢٠ و١٤٨؛ شرح الدردير: ٣/ ٢٤٢؛ مغني المحتاج: ٢/ ١٣١؛ المغني: ٤/ ٤٢٦؛ المحلى: ٨/ ٨٩؛ البحر الزخار: ٥/ ١١٨؛ شرائع الإسلام: ٢/ ٨١.

أما بالنسبة لانتفاع المرتهن بها فقد قلنا فيما سبق: إن جمهور الفقهاء قالوا: بأن جميع منافع الرهن للراهن؛ إذن فالمرتهن لا شيء له، ولا حق له في الانتفاع بالعين المرهونة، وإنما هي أمانة في يده.

وهنا يقال: عرفنا أن هذا هو الأصل، لكن لو أذن له الراهن بالانتفاع؛ فهل يجوز ذلك أم لا؟.

رأيت تصريحاً لبعض الحنفية والشافعية بالجواز، وقال المالكية وبعض الحنفية: لا يجوز، وفصل أحمد فقال: إن كان الرهن عن قرض لا يجوز، وإن كان عن غيره: كثمن بيع وأجرة دار ونحو ذلك؛ جاز[1].

قلت: يجب هنا ملاحظة أمرين:

أحدهما: أن الجواز عند من يقول به يجب أن يكون مقيداً بكون الانتفاع غير مشترط، فإن اشترط لا يجوز: سواء كان الاشتراط ضمن العقد أو خارجه، قبل العقد أو بعده، صراحة أو ضمناً.

ثانيهما: أن العين المرهونة مدة الإذن بالاستعمال لمرتهن لم تعد أمانة، وإنما هي عارية، فإذا تلفت كانت مضمونة عند من يقول بتضمين العارية.

فإن قلت: لكن قال المالكية: يجوز للمرتهن أن يشترط منفعة الرهن لنفسه بشرطين:

الأول: أن تكون المدة معينة: كسنة أو شهر وما أشبه ذلك.

الثاني: أن يكون ذلك في البيع لا في القرض[2].

قلت: هذه مسألة أخرى قال بها الشافعية وغيرهم أيضاً:

---

(١) انظر: الهداية: ٤/ ١٣٠؛ مجمع الأنهر: ٢/ ٥٨٨؛ مغني المحتاج: ٢/ ١٣٧؛ نهاية المحتاج: ٤/ ٢٨١؛ المغني: ٤/ ٤٣١؛ شرح الدردير: ٣/ ٢٤٦.

(٢) المصدر السابق نفسه، والقرطبي: ٣/ ٤١٣؛ مغني المحتاج: ٢/ ١٢٢؛ المغني: ٤/ ٤٣٢.

وذلك بأن تعتبر مدة الانتفاع إجارة تحتسب جزءاً من الثمن؛ لذلك أوجبوا تحديد الانتفاع بمدة معينة، وقالوا بجواز ذلك في البيع دون القرض.

وذلك كأن يبيع شخص لآخر سلعة بثمن مؤجل لسنة أو نحو ذلك، على أن يعطيه المشتري داراً معينة رهناً، فيقول له: بعتك هذه السلعة بألف دينار مؤجلة إلى سنة، وسكنى الدار التي ترهنها عندي ستة أشهر، فيقبل ذلك المشتري، فتكون سكنى الدار في هذه الحالة جزءاً من الثمن، ويكون كأنه باعه السلعة بألف دينار، وسكنى الدار ستة أشهر؛ فهذا هو الذي أجازه هؤلاء الفقهاء.

ويبدو لي: أن الجواز يجب أن يكون مقيَّداً هنا بعدم نية التحايل على إحلال ما هو محرم، وذلك بأن تكون سكنى الدار جزءاً من الثمن فعلاً، كأن تكون أجرة سكنى الدار للمدة المذكورة ألف دينار، وقيمة البضاعة ألفين، فإذا باعها له بألف وسكنى الدار ستة أشهر؛ فإن السكنى في هذه الحالة تكون جزءاً من الثمن فعلاً، أما إذا كانت القيمة الحقيقية للسلعة المباعة ألف دينار مثلاً، فباعها بألف دينار، وسكنى الدار المرهونة ستة أشهر؛ فهذا اعتبره تحايلاً يجب القول بتحريمه، كما قيل بتحريم بيع العينة سواء بسواء.

ولا أدري إذا كان أحد الفقهاء قد أفتى بتحريم هذه الصورة، فإني لا أحفظ فيها شيئاً لحد الآن، **لكني أقول**: لو أفتى عالم بعدم الجواز، في هذه الصورة سدّاً للذريعة لكان مصيباً كل الصواب.

هذا ـ كما قلت ـ هو مذهب جمهور العلماء في حكم انتفاع المرتهن بالرهن، بينما خالف آخرون في جانب معين من هذه المسألة، وكما يلي:

فاستثنى الظاهرية ركوب الحيوان ولبنه وقالوا: يجوز للمرتهن أن ينتفع من الحيوان بذلك قلّ ذلك أو كثر، بشرط أن يقوم بنفقته من علف ونحوه، وهذا كله فيما إذا لم ينفق الراهن على الحيوان.

وقال أحمد في أظهر الروايتين عنه: إذا قام المرتهن بمصلحة الرهن جاز له أن ينتفع منه بالركوب والحلب بقدر النفقة ولو لم يأذن له المالك بذلك.

وبمثل قول أحمد قال الأوزاعي والليث وآخرون، إلا أنهم قيدوا ذلك بامتناع الراهن عن الإنقاق على العين المرهونة[(١)].

إذن فالفرق بين أصحاب هذا المذهب وبين أحمد: أن هؤلاء اشترطوا امتناع الراهن عن الإنفاق كما اشترط ذلك الظاهرية، وهذا يقتضي سبق مطالبة المرتهن بذلك، أما أحمد فلم يشترط ذلك، وإنما للمرتهن عنده أن يقوم بذلك من تلقاء نفسه ابتداء من غير مطالبة.

والفرق بين هؤلاء جميعاً وبين الظاهرية: أن الظاهرية جعلوا الركوب واللبن الناتج عموماً في مقابلة النفقة، سواء ساوى ذلك النفقة أو زاد عليها، بينما الآخرون لم يجيزوا الانتفاع إلا بمقدار النفقة، أما ما زاد على ذلك فهو حق للراهن.

وقد احتجوا جميعاً بما صح عن رسول الله ﷺ أنه قال: «**الظهر يركب بنفقته إذا كان مرهوناً، والدر يشرب بنفقته إذا كان مرهوناً، وعلى ذلك يركب ويشرب النفقة**» رواه البخاري[(٢)].

فحمل الظاهرية هذا الحديث على إطلاقه، وحمله الآخرون على ما ذكرته لك.

واعترض الجمهور على ذلك: بحديث رواه سعيد بن المسيب عن أبي هريرة: أنه ﷺ قال: «**لا يغلق الرهن** ـ قالها ثلاثاً ـ؛ **لصاحبه غنمه، وعليه غرمه**» رواه ابن حبان، والحاكم[(٣)].

---

(١) المحلى: ٨/ ٨٩؛ المغني: ٤/ ٤٣٢؛ فتح الباري: ٥/ ١٠٢.

(٢) البخاري هامش الفتح: ٥/ ١٠٢.

(٣) المستدرك: ٢/ ٥١؛ نصب الراية: ٤/ ٣١٩.

«**غلق الرهن**» هذا من فعل الجاهلية، كانوا إذا لم يؤد الراهن ما عليه من دين في الوقت المعين لذلك، ملك المرتهن الرهن، فأبطل الإسلام ذلك.

وجه الدلالة من الحديث: أنه قد جعل لصاحب الرهن غنمه وعليه غرمه، وهذا يبين أن نفقة الرهن على صاحبه، وله نتاجه، قالوا: فلذلك وجب تأويل الحديث الآخر.

وقبل أن أذكر تأويلاتهم لحديث البخاري أود التنبيه إلى أن هذا المقدار الذي احتجوا به من الحديث قد اختلف المحدثون فيه: فمنهم من جعله من كلام الرسول ﷺ، ومنهم من جعله من كلام سعيد بن المسيب أدرج مع كلام الرسول ﷺ.

وعلى أية حال فإني لا أعلم خلافاً بين الفقهاء في أن نفقة الرهن على الراهن، وقد نقل بعض العلماء الإجماع على ذلك[١].

فمن أجل هذا، ولأن حديث البخاري قد خالف القياس من وجهين:

أحدهما: التجويز لغير المالك أن يركب الظهر ويشرب اللبن، مع ما صح من قوله ﷺ: «**لا يحلبن أحد ماشية امرئ بغير إذنه**» رواه البخاري[٢].

ثانيهما: تضمين ذلك بالنفقة لا بالقيمة.

أقول: من أجل ما ذكر أَوَّلَ العلماء حديث البخاري على وجوه:

الأول: قالوا: معنى الحديث: من رهن ذات ظهر أو در، لم يمنع من ظهرها ودرها، فالمراد به هنا: الراهن لأنه هو الذي ينفق، فيكون المعنى: أنها محلوبة ومركوبة له كما كانت قبل الرهن.

---

(١) عمدة القاري: ١٣/ ٧٣.

(٢) البخاري هامش الفتح: ٥/ ٦٥.

واعترض على هذا: بأن الحديث قد روي بلفظ: «**إذا كانت الدابة مرهونة فعلى المرتهن نفقته...**» الحديث. رواه أحمد، والطحاوي، والدارقطني[١].

فهذا يدل على أن المراد هنا المرتهن لا الراهن.

وقد ضعف ابن حزم إسناد الطحاوي، وفاته أن الحديث عند أحمد والدارقطني قد روي من طرق أخرى. وقد فصل الحافظ الكلام عى هذا الحديث في الفتح فراجعه.

الثاني: ادعى الطحاوي وابن عبد البر نسخ الحديث، فقال الطحاوي: كان ذلك قبل تحريم الربا، وقبل النهي عن قرض جر منفعة، وقبل النهي عن أخذ الشيء بالشيء وإن كانا غير متساويين، فلما حرم الله الربا، حرم كل ما كان على شاكلته، ومن جملة ذلك هذا الذي أبيح للمرتهن بهذا الحديث.

وقال ابن عبد البر: أجمعوا على أن لبن الرهن وظهره للراهن، وعليه فلا يخلو إما أن يكون احتلاب المرتهن له بإذنه أو بغير إذنه، فإن كان بغير إذنه فإن حديث ابن عمر السابق في النهي عن احتلاب الماشية بغير إذن صاحبها يقتضي رده وفسخه، وإن كان بإذنه فإنه يرده أيضاً أصول مجمع عليها: من تحريم بيع المجهول، والغرر، وبيع ما ليس عندك، وبيع ما لم يخلق، فإن ذلك كان قبل نزول تحريم الربا[٢].

واعترض على هذا: بأن النسخ بالاحتمال لا يجوز، ومعرفة التاريخ هنا متعذر، والجمع بين الأحاديث ممكن.

ويبدو لي: أن الجمع بين الأحاديث ممكن بما ذهب إليه الأوزاعي ومن وافقه.

---

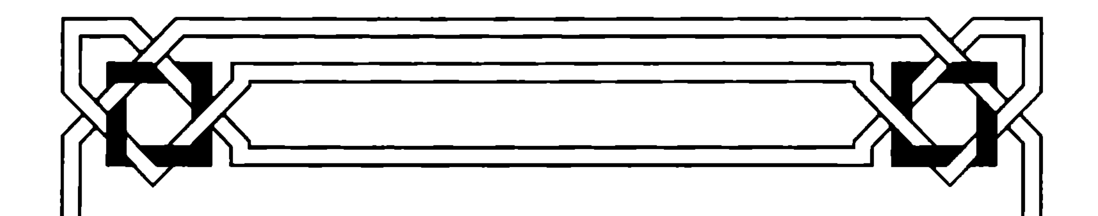
(١) شرح معاني الآثار: ٤/ ٩٩؛ سنن الدارقطني: ٣/ ٣٤؛ فتح الباري: ٥/ ١٠٢.

(٢) انظر: شرح معاني الآثار؛ والفتح: الصفحات السابقة؛ والقرطبي: ٣/ ٤١٢.

وذلك لأن الرهن نفقته واجبة على الراهن، فإذا امتنع عن الإنفاق كان من حق المرتهن أن ينفق عليه، محافظة على الرهن من الهلاك ضماناً لمصلحته ومصلحة الراهن معاً، وبما أن الراهن ممتنع عن الدفع فإن من حق المرتهن أن يأخذ من ماله أين ما ظفر به مقدار ما أنفق، ولبن الماشية ومنفعتها مال للراهن ظفر به المرتهن؛ فجاز له أن يأخذ حقه منه، ولو بدون إذنه، كما يجوز للمرأة أن تأخذ نفقتها من مال زوجها بغير إذن منه إذا امتنع من الإنفاق عليها، وبهذا يجمع بين هذا الحديث وبين حديث ابن عمر الذي ينهى عن احتلاب الماشية بغير إذن صاحبها؛ ثم إن الأوزاعي ومن وافقه لما قالوا: ينتفع بمقدار ما ينفق، لم يتركوا بعد ذلك مجالاً للقول بالقرض الذي جر منفعة وما سوى ذلك مما مر ذكره، هذا بالإضافة إلى أن لفظ حديث البخاري يمكن حمله على هذا المعنى، فيكون معنى قوله ﷺ: «**الظهر يركب بنفقته، إذا كان مرهوناً، والدر يشرب بنفقته**» أي: يركب بقدر نفقته، ويشرب بقدر نفقته.

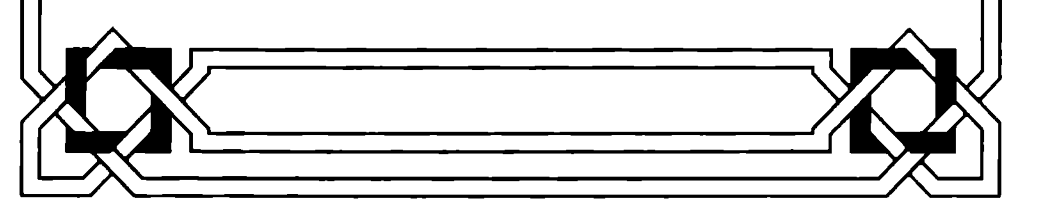
لذلك فالراجح ما ذهب إليه الأوزاعي ومن وافقه، والله تعالى أعلم.

❑ ❑ ❑



الفصل الرابع

مشروعية المساقاة والمزارعة



تمهيد

الأدلة التي يستدل بها في موضوع المساقاة والمزارعة واحدة، إلا أن مذاهب العلماء في مشروعيتهما مختلفة، وكذلك تختلف الأحكام المتعلقة بهما، لذلك فإني سأقسم هذا الفصل إلى مبحثين:

أتناول في **المبحث الأول** منهما الخلاف في مشروعيتهما، بالإضافة إلى موجز لأهم الشروط والأحكام المتعلقة بهما.

وأتناول في **المبحث الثاني** الأدلة ومناقشتها.



المبحث الأول
خلاف الفقهاء في حكم المساقاة والمزارعة
وبعض ما يتعلق بذلك

نظراً لأن خلاف الفقهاء في المساقاة غيره في المزارعة، ولأن الأحكام المتعلقة بهما مختلفة، لذلك فإني سأفرد لكل واحد منهما مطلباً مستقلّاً، وعليه فسيشتمل هذا المبحث على مطلبين:

* * *

المطلب الأول

المساقاة

المساقاة: هي دفع الشجر لمن يعمل به على أن يكون الثمر بين العامل وصاحب الشجر.

وقد اختلف الفقهاء في حكمها على مذهبين رئيسين:

المذهب الأول: قال بعدم مشروعية المساقاة. ومن قال بذلك أبو حنيفة، وبعض الزيدية.

المذهب الثاني: قال بجواز هذا النوع من المعاملات. وهذا مذهب جمهور الفقهاء. وهو مروي عن الخلفاء الأربعة، وإليه ذهب مالك، والشافعي، وأحمد، وأبو يوسف ومحمد، والظاهرية، والإمامية، وبعض الزيدية.

إلا أن الشافعي في قوله الجديد قال: لا تصح المساقاة إلا في النخل والكرم، أي: العنب.

وقصرت الظاهرية جواز المساقاة في النخل فقط.

ويشترط لصحة هذه المعاملة ويتعلق بها أحكام؛ أهمها ما يلي:

أ ـ يشترط أن تكون حصة العامل جزءاً مشاعاً معلوماً من الثمر: مقدراً بالنصف أو الثلث أو نحو ذلك. ولا يجوز تقدير الحصص بالكمية كيلاً أو وزناً، أو أن يكون لكل واحد منهما ثمار أشجار معينة؛ وذلك لأن الأشجار قد لا تنتج إلا الكمية المشترطة لأحدهما، وقد لا تنتج إلا الأشجار المعينة لأحدهما، وحينئذ يلحق الضرر بالآخر.

ولا يجوز إضافة شيء من المال إلى النصيب الشائع لأحدهما؛ كأن يكون لواحد منهما نصف الثمر وعشرة دنانير مثلاً؛ لأن الأشجار قد لا تنتج إلا ما يساوي الدنانير العشرة، وحينئذ يتضرر هذا منهما أو ذاك. لكن الإمامية كرهوا ذلك ولم يحرموه، وقالوا: يجب الوفاء بالشرط إلا إذا تلفت الثمرة؛ فإن الوفاء في هذه الحالة لا يلزم.

ب ـ قالت الظاهرية: كل ما يتعلق بالعمل في الأشجار فهو على العامل كالسقي، والتسميد، وتهذيب الأشجار، وجني الثمرة وتعبئتها، وتجفيف ما يحتاج إلى تجفيف منها، ونحو ذلك، هذا كله على العامل، ويدخل في ذلك الآلات اللازمة له.

وعليه: فإن السماد وآلات السقي وآلات الحفر وما إلى ذلك مما يحتاجه العامل في العمل كل ذلك عليه، ولا يجوز اشتراط شيء منه على المالك عند الظاهرية.

وأما سور البستان، وحفر البئر، وشق النهر، وعمل الصهاريج فكل ذلك مع صيانته على المالك، لا يجوز اشتراط شيء منه على العامل، لكن

لو تطوَّع واحد منهما لصاحبه بشيء هو في الأصل ليس عليه جاز ذلك، أما على سبيل الاشتراط فلا يجوز.

وبنحو مذهب الظاهرية هذا قال المالكية.

ومذهب الشافعي شبيه بذلك، إلا أنه جعل الآلات التي يحتاجها العامل في عمله على المالك، فالعامل عند الشافعية ليس عليه سوى العمل. كما جعلوا من واجبه تنقية البئر أو النهر من الطين، أما حفر بئر جديدة أو نهر جديد فهو على المالك.

والضابط عندهم في ذلك: أن ما يتكرر كل عام فهو على العامل؛ كالسقي وتنقية النهر، والتلقيح وتنظيف الأرض من الحشائش الضارة، وجني الثمرة وتجفيفها وتعبئتها.

وما لا يتكرر كل عام: كبناء حائط البستان، وحفر النهر؛ فذلك على المالك. وبمثل قول الشافعي قالت الإمامية، وهو ظاهر مذهب أحمد.

ويوجد في مذهب أحمد أقوال وروايات أخرى بعضها يوافق مذهب مالك، وبعضها يوافق مذهب صاحبي أبي حنيفة الآتي.

وقال أبو يوسف ومحمد: العمل الذي يكون قبل إدراك الثمرة فهو على العامل، أما ما كان منه بعد إدراكها: كجني الثمار وما يتبع ذلك فهو عليهما معاً.

ج ـ ثم إن الأصل في المساقاة أن تكون مطلقة عن التقييد بمدة، هذا مذهب الحنابلة والظاهرية، إلا أن الظاهرية قالوا: لا يجوز تقييدها بمدة، بينما قالت الحنابلة: لو قيدت بمدة جاز.

بينما الأصل فيها عند الجمهور: أن تكون مقيدة بمدة؛ كسنة أو سنتين ونحو ذلك، لكن الجمهور اختلفوا فيما بينهم:

فقال الشافعية والإمامية: لا تصح بدون تقييد بمدة معلومة، حتى لو وقتها بإدراك الثمر فإنها لا تصح.

بينما قالت المالكية: إذا لم تؤقت حملت على أنها إلى وقت جني الثمار. وشبيه بهذا مذهب صاحبي أبي حنيفة، فإنهما قالا: تحمل على أنها إلى وقت إدراك الثمر.

وعلى العموم فإن كل من اشترط التأقيت أو أجازه؛ اشترط أن لا تكون مدة العقد أقل من الوقت اللازم لإدراك الثمار[١].

المطلب الثاني

المزارعة

المزارعة: هي دفع الأرض لمن يزرعها أو يعمل عليها، والزرع بينهما، وقد سوى بعض الفقهاء بينها وبين المخابرة، وبينما فرق بعضهم بينهما بالبذر فقال: إن كان البذر من المالك فهي المزارعة، وإن كان من العامل فهي المخابرة.

وقد اختلف الفقهاء في مشروعية هذا النوع من المعاملة على مذهبين رئيسين:

المذهب الأول: ذهب إلى القول بعدم مشروعية المزارعة. وإلى ذلك ذهب أبو حنيفة وبعض الزيدية. وبعدم جوازها أيضاً قال مالك والشافعي وداود الظاهري. إلا أن مالكاً ومن بعده أجازوها إذا كانت تابعة للمساقاة؛ وذلك كأن يكون عند شخص بستان وبضمنه أرض بيضاء، فيدفع ذلك كله لشخص: مساقاة على الشجر، ومزارعة للأرض؛ فالمزارعة هنا تابعة للمساقاة فتصح عند مالك والشافعي وداود، لأن المساقاة جائزة عندهم

(١) انظر: الهداية مع تكملة فتح القدير: ٨/ ٤٥ وما بعدها؛ مجمع الأنهر: ٢/ ٥٠٤؛ شرح الدردير: ٣/ ٥٣٩ وما بعدها؛ شرح الرسالة مع حاشية العدوي: ٢/ ١٩١؛ مغني المحتاج: ٢/ ٣٢٣ وما بعدها؛ المغني: ٥/ ٥٥٦ وما بعدها؛ المحلى: ٨/ ٢٢٩ وما بعدها؛ سبل السلام: ٣/ ٧٨؛ البحر الزخار: ٥/ ٦٨؛ شرائع الإسلام: ٢/ ١٥٤ وما بعدها.

فتصح المزارعة تبعاً لها. أما عند أبي حنيفة ومن وافقه من الزيدية فلا تجوز لعدم جواز المساقاة عندهم كما سبق.

المذهب الثاني: قال بجواز هذه النوع من المعاملات. وقد روي هذا عن الخلفاء الأربعة وكثير من الصحابة والتابعين ومن بعدهم، وإليه ذهب أحمد، وأبو يوسف، ومحمد، وابن حزم، والإمامية، وبعض الزيدية.

ومن أهم ما يتعلق بهذه المعاملة ما يلي:

أ ـ قال ابن حزم: ليس على صاحب الأرض غير الأرض، أما البذر والعمل والآلات فكلها على العامل.

وقال أحمد في ظاهر مذهبه: البذر على المالك، وعنه رواية بجواز أن يكون البذر على العامل.

وقال أصحاب أبي حنيفة والإمامية: يجوز أن يكون البذر من أيهما حسب الاتفاق. وكذلك الآلات. لكن لا يجوز عند الحنفية أن يكون البذر من أحدهما، والعمل والأرض من الآخر، ويجوز ذلك عند الإمامية.

ب ـ ويقسم النماء بينهما على حسب ما مر في المساقاة، إلا في أحد القولين عند الإمامية: جوّز أن يشترط أحدهما شيئاً زائداً على حصته: نقداً كان أو غيره.

ج ـ أما بالنسبة للمدة: فإن قول الحنابلة والظاهرية هنا كقولهم في المساقاة. واشترط أصحاب أبي حنيفة تعيين مدة معلومة؛ وهو أرجح القولين عند الإمامية. وأجاز القول الثاني للإمامية أن تكون المزارعة مطلقة، وتتعين بالأمد الذي يحتاجه الزرع[1].

❑❑❑

(١) انظر: مصادر المطلب الأول.

المبحث الثاني
الأدلة ومناقشتها

احتج المانعون لكل من المزارعة والمساقاة بأمور:

الأول: أن هذه إجارة؛ الأجر فيها معدوم أو مجهول، فلا تصح، وذلك لأن العامل إنما يأخذ أجره مما سينتج من ثمرة أو زرع، وذلك لا يزال معدوماً، ثم إن الكمية الحاصلة مجهولة، إذن فنصيب العامل فيها مجهول أيضاً، وانعدام الأجرة أو جهالتها يبطل الإجارة.

وأجيب: بأن هذا قياس في مقابلة النص فلا يصح، وأيضاً: فإن هذا عقد على العمل في المال ببعض نمائه؛ فهو إذن كالمضاربة فيصح.

الثاني: احتجوا بما صح عن رافع بن خديج قال: «كنا نحاقل الأرض على عهد رسول الله ﷺ، فجاء ذات يوم رجل من عمومتي فقال: نهانا رسول الله ﷺ عن أمر كان لنا نافعاً، وطواعية الله ورسوله أنفع لنا، نهانا أن نحاقل الأرض: نكريها على الثلث، والربع، والطعام المسمى، وأمر رب الأرض أن يَزْرَعَها (بالبناء للمعلوم، أي: يزرعها بنفسه) أو يُزْرِعَها (بالبناء للمجهول، أي: يعيرها لغيره بلا مقابل) وكره كراءها وما سوى ذلك» رواه مسلم[1].

والحديث واضح الدلالة على المطلوب.

وقد **أجيب** عن هذا بعدة أجوبة:

---

(١) مسلم هامش النووي: ١٠/ ٢٠٤.

أ ـ أن رافع بن خديج قد فسر حديثه هذا بما لا خلاف في فساده، فيحمل على ما فسره به، وبيان ذلك فيما يلي:

روى النسائي بإسناده عن الزهري: أن رافع بن خديج قال:

«نهى رسول الله ﷺ عن كراء الأرض، قال ابن شهاب الزهري: فسئل رافع بعد ذلك: كيف كانوا يكرون الأرض؟ قال: بشيء من الطعام مسمى، وبشرط أن لنا ما تنبت ماذينات الأرض وأقبالُ الجداول»[(١)].

الماذينات: لفظة معربة: هي مسايل المياه، وقيل: ما ينبت على حافتي المسيل، وقيل: ما ينبت حول السواقي.

أقبال الجداول: أي: أوائلها ورؤوسها.

الجداول: جمع جدول: وهو النهر الصغير[(٢)].

وعن رافع بن خديج قال: «كنا أكثر أهل المدينة حقلاً، وكنا نكري الأرض، على أن ما سقت الماذينات والربيع فلنا، وما سقت الجداول فلهم، فربما سلم هذا وهلك هذا، وربما هلك هذا وسلم هذا. . .فسألنا رسول الله ﷺ فنهانا» رواه مسلم باختصار، والطحاوي واللفظ له[(٣)].

الربيع: النهر الصغير، جمعه: أربعاء.

هذا ما فسر به رافع حديثه، والمزارعة على هذا التفسير فاسدة بالاتفاق، فقد ذكرنا فيما سبق: أنه متى اشترط أحد من المتعاملين بهذه المعاملة نماء جزء معين من الأرض أو الشجر فإن ذلك يفسد هذه المعاملة؛ فهذه الصورة إذن خارجة عن محل النزاع، وهي فاسدة بالاتفاق فيحمل النهي عليها.

---

(١) النسائي: ٧/ ٤٥.

(٢) انظر: شرحي مسلم والنسائي في المواضع السابقة.

(٣) مسلم هامش النووي: ١٠/ ١٦٩؛ شرح معاني الآثار: ٤/ ١٠٩.

ب ـ أن راوي الحديث لم يسمع الحديث، وإنما سمع آخره فحدث بما سمع، فرسول الله ﷺ لم ينه عن المزارعة وإنما قال ذلك في رجلين اقتتلا بسبب ذلك، يدل على ذلك حديث زيد بن ثابت قال: يغفر الله لرافع ابن خديج، أنا والله أعلم بالحديث منه، وإنما أتاه رجلان اقتتلا، فقال رسول الله ﷺ: «**إن كان هذا شأنكم فلا تكروا المزارع**» فسمع قوله: «**لا تكروا المزارع**» رواه أبو داود والطحاوي، وعبد الرزاق[١].

ج ـ أن النهي ليس للتحريم، وإنما للحث على إعارة الأرض لمن يحتاجها؛ إشاعة للتعاون بين المسلمين؛ فإن المهاجرين في أول الأمر لم تكن لهم أرض وكانوا بحاجة؛ فأمر الأنصار بالتكرم والمواساة، يدل لذلك ما صح عن جابر قال: كان لرجال من أصحاب رسول الله ﷺ فضول أرضين، فقال رسول الله ﷺ: «**من كانت له فضل أرض فليزرعها أو يمنحها أخاه، فإن أبى فليمسك أرضه**» رواه مسلم[٢].

وعن عمرو بن دينار قال: سمعت ابن عمر يقول: ما كنا نرى بالمزارعة بأساً حتى سمعت رافع بن خديج يقول: إن رسول الله ﷺ نهى عنها، قال عمرو: فذكرته لطاوس، فقال: قال لي ابن عباس: إن رسول الله ﷺ لم ينه عنها، ولكن قال: «**لأن يمنح أحدكم أرضه خير من أن يأخذ عليها خراجاً معلوماً**» رواه عبد الرزاق وأبو داود والنسائي، ورواه البخاري مختصراً، وعند عبد الرزاق حديث نحو هذا عن رافع[٣].

د ـ لو تعذر الجمع بأي وجه من الوجوه، فإنه في هذه الحالة يحكم بنسخ حديث رافع بما فعله رسول الله ﷺ مع أهل خيبر؛ فقد صح عن ابن عمر رضي الله عنهما:

---

(١) سنن أبي داود: ٣/ ٢٥٧؛ شرح معاني الآثار: ٤/ ١١٠؛ مصنف عبد الرزاق: ٨/ ٩٧.

(٢) مسلم هامش النووي: ١٠/ ١٩٧.

(٣) مصنف عبد الرزاق: وسنن أبي داود: الصفحات السابقة؛ النسائي: ٧/ ٣٦؛ البخاري هامش الفتح: ٥/ ١١.

«أن النبي ﷺ عامل أهل خيبر بشطر ما يخرج منها: من زرع أو ثمر» متفق عليه[(١)].

فإن قيل: فلم لا يكون حديث خيبر هو المنسوخ؟.

أجيب: بأن هذا متعذِّر؛ لأن النبي ﷺ استمر على العمل به، ومن بعده الخلفاء الراشدون حتى أجلى عمر اليهود عن خيبر، ثم استمر المسلمون بعد ذلك يعملون بالمزارعة، ومحال أن ينهى ﷺ عن شيء ويفعله، ويستمر المسلمون على فعله.

يدل لذلك: ما صح عن ابن عمر رضي الله عنهما: «أن النبي ﷺ عامل أهل خيبر بشطر ما يخرج منها: من زرع أو ثمر، فكان يعطي أزواجه مئة وسق: ثمانون وسق تمر، وعشرون وسق شعير، وقسم عمر خيبر فخير أزواج النبي ﷺ: أن يقطع لهن من الماء والأرض، أو يمضي لهن...» الحديث[(٢)].

وعن سعيد بن المسيب قال: «دفع رسول الله ﷺ خيبر إلى اليهود يعملونها، ولهم شطرها، فمضى على ذلك رسول الله ﷺ، وأبو بكر، وسنتين من خلافة عمر حتى أجلاهم عمر» رواه عبد الرزاق[(٣)].

وقال البخاري: قال قيس بن مسلم: عن أبي جعفر (محمد الباقر) قال: «ما بالمدينة أهل بيت هجرة إلا يزرعون على الثلث والربع». وعن أبي جعفر أيضاً: أنه قال: «آل أبي بكر، وآل عمر، وآل علي يدفعون أرضهم بالثلث أو الربع». وزارع علي، وسعد، وابن مسعود، وعمر بن عبد العزيز، والقاسم، وعروة بن الزبير، وآل أبي بكر، وآل عمر، وابن سيرين.

وقد وصل الحافظ ابن حجر الأسانيد عن أكثر من ذكرهم البخاري[(٤)].

---

(١) ، (٢) البخاري هامش الفتح: ٥/ ٩؛ مسلم هامش النووي: ١٠/ ٢٠٩.

(٣) مصنف عبد الرزاق: ٨/ ٩٨.

(٤) انظر: البخاري مع فتح الباري: ٥/ ٧، المحلى: ٨/ ٢١٧.

وهنا أمر ينبغي التنبيه عليه، وهو: أن الحافظ الحازمي قد ادعى وجود خبر يصرح بأن النهي عن المزارعة إنما كان بعد الإذن بها، فروى بإسناده من طريق مسلم قال: حدثنا قتيبة بن سعيد وإسحاق، قال قتيبة: حدثنا جرير، عن عبد العزيز بن رفيع، عن رفاعة بن رافع بن خديج:

«أن رجلاً كانت له أرض فعجز عنها أن يزرعها، فجاء رجل فقال له: هل لك أن أزرع أرضك؛ فما خرج منها من شيء كان بيني وبينك؟ فقال: نعم حتى أسأل رسول الله ﷺ، قال: فأتى رسول الله ﷺ فسأله، فلم يرجع إليه شيئاً، قال: فأتيت أبا بكر وعمر رضي الله عنهما فقلت لهما، فقالا: ارجع إليه، فرجعت إليه الثانية فسألته فلم يردَّ عليَّ شيئاً، فرجعت إليهما، فقالا: انطلق فازرعها فإنه لو كان حراماً نهاك عنه، قال: فزرعها الرجل، حتى إذا اهتز زرعه واخضر وكانت الأرض على طريق النبي ﷺ فمر بها يوماً، فأبصر الزرع، فقال: **لمن هذه الأرض؟** فقالوا: لفلان، زارع بها فلاناً، فقال: **ادعوهما لي جميعاً**، قال: فأتياه، فقال لصاحب الأرض: **ما أنفق هذا في أرضك فرده عليه، ولك ما أخرجت أرضك**»[1].

هذا ما ذكره الحافظ الحازمي، ولولا خشيتي من اشتباه الأمر على من لا خبرة له لما ذكرته؛ وذلك لأنه لا يصلح للاحتجاج به على المدعي لأمرين:

١ ـ أن الحديث لو صح لما كان فيه دلالة على أن النهي قد تأخر عن الإذن، فهو صريح في أنه ﷺ لم يأذن له، بعد أن كرر السائل سؤاله، ولكن أبا بكر وعمر أفتياه بناء على أن الأصل في الأشياء الإباحة كما هو واضح من كلامهما، فلو كان في المسألة تشريع عند السؤال لأخبره ﷺ به. ثم لما اطلع ﷺ على ما فعله الرجل بعد ذلك نهاه كما نهى غيره لواحد من الأسباب التي ذكرناها آنفاً، ثم زارع ﷺ أهل خيبر، واستمر العمل على

(١) الاعتبار في الناسخ والمنسوخ من الآثار، ص ١٣٧.

ذلك فيما بعد كما ثبت ذلك قريباً؛ فالأمر إذن كان على الإباحة الأصلية لم يتعرض الشارع له بنفي أو إثبات، ثم جاء النهي، ثم الإذن، واستمر ذلك ولم ينسخ كما بيناه سابقاً، وأيضاً فقد ثبت عن طاوس قال: «قدم علينا معاذ بن جبل ـ يعني: إلى اليمن ـ فأعطى الأرض على الثلث والربع، فنحن نعملها إلى اليوم».

وقد ثبت: أنه ﷺ توفي ومعاذ بن جبل باليمن على هذا العمل[١]، فإذا عرفت هذا فهنا نسأل: من أين أتى النهي بعد الإذن الذي يدعيه الحازمي؟.

٢ ـ هذا الحديث لا يصح الاحتجاج به، وأخشى أن يراه أحد مروياً من طريق مسلم فيظن أنه قد أخرجه في الصحيح، وليس الأمر كذلك، فالحديث لم يخرجه مسلم في الصحيح، لأنه ضعيف من عدة وجوه، وهي:

أ ـ هذا الحديث مروي عن رفاعة بن رافع، وهو تابعي، إذن فالحديث مرسل، على أن الحافظ ابن حجر قد ذكر رفاعة في التقريب وعده من الطبقة السادسة، وهذه الطبقة حسب تقسيم ابن حجر لا يثبت لها سماع عن أحد من الصحابة[٢]، إذن فهذا الحديث لم يسقط من إسناده الصحابي فقط وإنما سقط منه راوٍ آخر دون الصحابي.

ب ـ هذا الحديث يرويه قتيبة وإسحاق عن جرير، ولم يذكر لنا من هو جرير هذا، والذي يظهر لي أنه جرير بن عبد الحميد، إذ هو شيخ كل من قتيبة وإسحاق، فإذا كان هو فالرجل ثبت ثقة، لكنه يرويه عن عبد العزيز بن رفيع وهذا واضح الانقطاع، فقد ولد جرير سنة (١١٠ هـ)، بينما توفي عبد العزيز سنة (١٠٣ هـ)، وهكذا نرى أن عبد العزيز قد توفي قبل ولادة جرير بسبع سنين[٣]؛ فالحديث إذن مرسل منقطع، فهو غير صالح للاحتجاج به.

---

(١) المحلى: ٨/ ٢١٥.

(٢) راجع: مقدمة التقريب؛ وانظر: التقريب: ١/ ٢٥١.

(٣) تقريب التهذيب: ١/ ٥٠٩؛ تذكرة الحفاظ: ١/ ١/ ٢٧١.

وبعد ذلك كله حاول المانعون للمزارعة والمساقاة مطلقاً تأويل معاملة الرسول ﷺ لأهل خيبر، فقالوا: إن خيبر فتحت عنوة، فكان أهلها عبيداً للرسول ﷺ، فله في هذه الحالة أن يأخذ ما يشاء ويترك ما يشاء.

قال الصنعاني: هذا كلام مردود لا يحسن الاعتماد عليه(١).

وقد أصاب الصنعاني في ذلك؛ فإن كيفية فتح خيبر؛ وهل فتحت عنوة، أو صلحاً؟ أو فتح البعض منها عنوة والبعض صلحاً؟ كل ذلك موضع خلاف، إلا أن الذي لا شك فيه هو: أن أهلها لم يكونوا عبيداً للرسول ﷺ.

وقد أفاض ابن حزم في تقرير خطأ الدعوى بأنهم كانوا عبيداً له ﷺ فراجعه(٢).

ويكفي هنا لردِّ هذه الدعوى أن أذكر لك ما صح عن ابن عمر:

«أن عمر بن الخطاب أجلى اليهود والنصارى عن أرض الحجاز، وأن رسول الله ﷺ لما ظهر على خيبر أراد إخراج اليهود منها، فسألت اليهود رسول الله ﷺ أن يقرهم بها على أن يكفوه عملها ولهم نصف الثمر، فقال لهم رسول الله ﷺ: **نقركم بها على ذلك ما شئنا**، فقروا بها حتى أجلاهم عمر إلى تيماء وأريحاء» رواه مسلم(٣).

فهذا يبين لك أنه ﷺ أراد إجلاءهم أول الأمر، إذن فهم لم يكونوا عبيداً، وإنما أحرار، لكن الأرض آل ملكها إلى المسلمين، فتعاقد معهم ﷺ على ما جاء ذكره في الحديث.

إذا ثبت لك هذا، فإنه يدفع مذهب القائلين بعدم جواز المزارعة والمساقاة معاً.

---

(١) سبل السلام: ٣/ ٧٨.
(٢) المحلى: ٨/ ٢٣٠.
(٣) مسلم هامش النووي: ١٠/ ٢١٢.

أما الذين أجازوا المساقاة وحرموا المزارعة ـ كالشافعي ومن وافقه ـ فإنهم أخذوا بحديث رافع بن خديج الذي ينهى عن المزارعة، وحملوا حديث خيبر على المساقاة، وأما ما فيه من مزارعة فإنها جاءت تبعاً للمساقاة لا مستقلة بنفسها.

وقد أنصف النووي ـ وهو شافعي المذهب ـ حين قال:

تجوز المساقاة والمزارعة مجتمعتين، وتجوز كل واحدة منهما منفردة، وهذا هو الظاهر المختار، لحديث خيبر، ولا تقبل دعوى كون المزارعة في خيبر إنما جازت تبعاً للمساقاة، بل جازت مستقلة، قال: ولأن المعنى المجوز للمساقاة موجود في المزارعة، وقياساً على القراض، فإنه جائز بالإجماع؛ وهو كالمزارعة في كل شيء، ولأن المسلمين في جميع الأمصار والأعصار مستمرون على العمل بالمزارعة[١].

وسبق النووي غير واحد من أئمة الشافعية، فقالوا بما قال به النووي كابن خزيمة وغيره.

وقد أفاض ابن حزم في الجواب على من فرَّق بين المساقاة والمزارعة، وذكر: أن أرض خيبر كانت واسعة، تشتمل على قرى وحصون كثيرة، وقد كان فيها بياض لا سواد فيه، وسواد لا بياض فيه، وبياض وسواد، فلم يخص رسول الله ﷺ بالمعاملة قسماً منها دون قسم، ولا يوجد دليل على أنه ﷺ أعطى أرض خيبر بنصف ما يخرج منها لأنها كانت تابعة للسواد، وإنما أعطى أرضها بنصف ما يخرج منها من زرع، وأعطى نخلها وثمارها كذلك[٢].

وقد ذكر غير ابن حزم أيضاً: أن خيبر كانت فيها أرض بيضاء، وكانت فيها بساتين[٣].

---

(١) شرح مسلم: ١٠/ ٢١٠.

(٢) المحلى: ٨/ ٢١٨.

(٣) الجوهر النقي هامش السنن الكبرى: ٦/ ١١٥.

ولا يخفى عليك، أن المراد بالبياض: الأرض التي لا غرس فيها.

أما السواد فهو: الأرض المغروسة بالأشجار.

وبهذا يتضح لنا رجحان المذهب القائل بجواز المزارعة والمساقاة معاً،سواء كانتا مجتمعتين، أو كل واحدة منهما على انفراد.

بقي أن تعرف بصورة مجملة أمر الشروط التي اختلفوا فيها:

فنقول: هل تجوز المساقاة على الأشجار عموماً، أم أنها مختصة بالنخل والعنب؟.

وهل يجوز اشتراط البذر أو أدوات العمل على العامل، أو لا يجوز ذلك؟.

وهل تصح المعاملتان مع الإطلاق أو لابد من اشتراط التأقيت؟.

أما بالنسبة لما يحصل عليه كل من المتعاقدين هنا، فقد اتفقوا على أن الحصة يجب أن تكون مقدرة بالنصف أو الثلث أو ما شابه ذلك، ولا يجوز لهما أو لأحدهما، اشتراط كيل أو وزن معين، كما لا يجوز اشتراط نماء جزء معين من الأرض أو الشجر، وكذلك لا يجوز اشتراط شيء آخر عن النماء من نقد أو غيره إلا في قول للإمامية، ولهم قول آخر موافق لبقية الفقهاء.

إذا عرفنا هذا فإن في المسألة جملة من الأحاديث والآثار نذكرها فيما يلي: فقد صح عن ابن عمر: «أن رسول الله ﷺ عامل أهل خيبر بشطر ما يخرج من ثمر أو زرع» متفق عليه[١].

وعنه أيضاً: «أنه ﷺ دفع إلى يهود خيبر نخل خيبر وأرضها على أن يعتملوها من أموالهم، ولرسول الله ﷺ شطر ثمرها» رواه مسلم[٢].

---

(١) ، (٢) البخاري هامش الفتح: ٥/ ١٠ و١٦؛ مسلم هامش النووي: ١٠/٢٠٨ و٢١٢.

وجاء في بعض طرق الحديث: أنه ﷺ قال لأهل خيبر: «**نقركم بها على ذلك ما شئنا**» متفق عليه.

وقال البخاري: «عامل عمر الناس على: إن جاء عمر بالبذر من عنده فله الشطر، وإن جاؤوا بالبذر فلهم كذا» أخرجه البخاري تعليقاً، وقد وصله ابن أبي شيبة بإسناده عن يحيى بن سعيد بلفظ:

«أن عمر أجلى أهل نجران واليهود والنصارى، واشترى بياض أرضهم وكرومهم، فعامل عمر الناس: إن جاؤوا بالبقر والحديد من عندهم فلهم الثلثان ولعمر الثلث، وإن جاء عمر بالبذر من عنده فله الشطر، وعاملهم في النخل: على أن لهم الخمس وله الباقي، وعاملهم في الكرم على أن لهم الثلث وله الثلثان».

وهذا مرسل لكن رواه الطحاوي والبيهقي من طريق آخر عن عمر بن عبد العزيز بنحوه، فهذان طريقان مرسلان يقوي أحدهما الآخر[١].

فهذه جملة من الآثار تبين لنا المراد:

فقد عامل ﷺ أهل خيبر على شطر ما يخرج منها من زرع أو ثمر، فلم يفرق بين ثمر وآخر حتى يقال: إن المساقاة لا تجوز إلا على النخل، ومن ادعى أن خيبر لم يكن فيها شيء من الأشجار إلا النخيل فعليه أن يقيم الحجة على ذلك، أما ما ورد في بعض الروايات:

«أنه ﷺ دفع إلى يهود خيبر نخل خيبر وأرضها» فهذا لا يدل على عدم وجود غير النخل، كما لا يدل على عدم جواز المساقاة على غيره، وإنما خصت النخيل بالذكر لأنها أكثر الأشجار شيوعاً في جزيرة العرب وأكرمها عندهم.

وهب أنه لم يكن في خير خيبر غير النخيل، وأنه ﷺ لم يساق على غيرها، فهذا لا يدل على أن الحكم خاص بالنخيل، وإنما يدل على أنه ﷺ

---

(١) البخاري مع فتح الباري: ٥/ ٩؛ شرح معاني الآثار: ٤/ ١١٤؛ السنن الكبرى: ٦/ ١٣٥.

قد ساقى على الشجر الموجود في بلده الذي يعيش فيه، في الوقت الذي لم ينه فيه عن المساقاة على غيره، وهذا يدل على جواز المساقاة على أي شجر كان، حيث لا فرق، ومن ادعى الفرق فعليه أن يأتي بالدليل.

وأيضاً فإن الله تعالى إنما شرع هذا الحكم شرعاً عاماً لجميع المسلمين رحمة بهم لحاجتهم إليه، والمسلمون منتشرون في أنحاء الأرض وفي مختلف البلدان، ولأهل كل بلد أشجارهم التي يتعاشون منها، فإذا خصصنا الحكم بالنخيل دون غيرها فإننا في هذه الحالة نوقع غالبية المسلمين بالحرج، ويدلك على أن الحكم غير خاص بالنخيل: فعل عمر رضي الله عنه على مشهد وعلم من المسلمين، فلم ينكر ذلك أحد عليه، فقد سبق: أنه ساقى على النخيل وساقى على الكروم أيضاً، مما يدل على أن مساقاة الرسول ﷺ على النخيل ـ إذا صح أنه لم يساق على غيرها ـ لم يكن المقصود منها تخصيص هذا النوع من الشجر بالحكم، وإنما لتشريع المساقاة في الشجر عموماً.

ثم إن كثيراً من الفقهاء قد خصوا المساقاة بالشجر المثمر، أما غير المثمر كالصفصاف ونحوه فقد نص الكثير منهم على عدم جواز المساقاة عليه، إلا أن يستفاد من الورق؛ فحينئذ تجوز ويكون الورق بينهما على حسب اتفاقهم.

ولكني أقول: إذا كان يستفاد من الأخشاب؛ فما هو المانع من إجراء الحكم فيها أيضاً؟ وحينئذ فإذا كانت الأشجار مما يستفاد من أخشاب أغصانها مع بقاء الأصول، فإننا نجري فيها حكم المساقاة، وإذا كانت تجتث من أصولها وتحتاج إلى بذر جديد لإعادتها نجري فيها حكم المزارعة.

ثم إذا عدنا إلى النظر في الآثار مرة أخرى وجدنا: أنه ﷺ قد عامل أهل خيبر على أن يعملوا بأشجارها وأرضها من أموالهم، كما هو نص الحديث، وهذا يدل على أن المزارعة عند الإطلاق لا يلتزم فيها صاحب

الأرض بأكثر من تقديم الأرض. والمساقاة عند الإطلاق يكون فيها صاحب الشجر ملزم بالتخلية بين العامل والأشجار، بالإضافة إلى تهيئة ما لابد للأشجار منه كالسور وتدبير مصدر للماء ونحو ذلك، أما ما سوى ذلك فهو على العامل، أو يكون البذر وأدوات العمل معاً على المالك وأنه ليس عليه إلا العمل فذلك كله جائز، أما ما قاله ابن حزم: من أنه شرط ليس في كتاب الله؛ فهو باطل، فقد ذكرت أكثر من مرة بأن المراد منه: النهي عن الشروط التي تخالف الحق فتحل حراماً أو تحرم حلالاً، أما ما سوى ذلك فالمسلمون عند شروطهم.

ويدلك على صواب ما قلته: فعل عمر رضي الله عنه كما جاء في الأثر السابق المروي من طريق يحيى بن سعيد وعمر بن عبد العزيز، وقد أقره عليه من حضر من المسلمين. فهو حينما اشترى أرض أهل الذمة أصبحت بذلك ملكاً للمسلمين، فصار من الواجب عليه أن يعمل فيها ما فيه مصلحتهم. ففعل فيها ما فعله الرسول ﷺ بخيبر، لكن كان لدى بيت مال المسلمين في عهد عمر ما لم يكن في عهده ﷺ، فكان باستطاعته جعل البذر من بيت المال أو جعل البذر والآلات عليهم؛ يفعل في ذلك ما يرى فيه المصلحة للمسلمين، فالمسألة إذن منوطة بالاتفاق بين المالك والعامل، لكن عند الإطلاق نعود إلى فعل الرسول ﷺ.

ثم نعود إلى الآثار أيضاً فنجد: أن الرسول ﷺ حينما عامل أهل خيبر لم يوقت مدة معلومة، بل قال: «**نقركم فيها ما شئنا**»، وعليه فالتوقيت غير لازم لصحة المزارعة والمساقاة، والفقهاء يشبهون هذه المعاملة بالمضاربة، وصحة المضاربة لا تفتقر إلى التوقيت، لكن لو وقتوا فلا مانع من ذلك، لأن التأقيت لا يضر وقد ينفع، لكن إذا جرَّ التوقيت ضرراً، كأن يكون لمدة لا تكفي للحصول على المقصود من الثمرة أو الزرع فإنه في هذه الحالة لا يجوز لما فيه من الضرر، ثم عند عدم التأقيت يجوز لكل واحد منهما فسخ العقد متى شاء، بشرط أن لا يؤدي ذلك إلى الإضرار بالآخر، فلو أراد

أحدهما فسخ العقد، وكانت الغلة قد أدركت، جاز الفسخ واقتسما الغلة، وذهب كل إلى حال سبيله، واذا كانت العلة ظهرت ولم تدرك ففي هذه الحالة لا يجوز الفسخ وإنما يجب على العامل إتمام العمل، كما يجب على المالك تمكينه من ذلك حتى تدرك الغلة ويأخذ كل واحد نصيبه، فإن هرب العامل استؤجر عليه من حصته من يتم العمل بإذن الحاكم، فإذا لم يكن حاكم فعل المالك ذلك وأشهد، وذلك لأن مقتضى عقد المزارعة والمساقاة هو حصول كل من المتعاقدين على نصيبه من الغلة، فيجب الوفاء بذلك، وإلا أدى الأمر إلى الضرر وإضاعة المال وإفساد الغلة وذلك غير جائز.

أما إذا أراد أحدهما الفسخ قبل ظهور الثمر فهنا لا يخلو إما أن يكون الفسخ لعذر أو لغير عذر: فإن كان لعذر من قبل المالك استحق العامل ما أنفق وأجرة مثله، وإن كان لعذر من قبل العامل ففي هذه الحالة إما أن يقام مقامه من يتم العمل بأجرة من نصيبه، وإلا فله ما أنفق وأجره مثله، وأما إذا كان الفسخ لغير عذر فهنا ننظر: فإن كان العامل هو مريد الفسخ ففي هذه الحالة لا شيء له من أجر أو غيره، وله أن يأخذ أدوات العمل والأسمدة التي لم تستهلك في الأرض ونحو ذلك مما هو له وما زالت عينه قائمة، وإذا كان مريد الفسخ هو المالك فإن للعامل في هذه الحالة أجرة مثله وما أنفق، ثم إذا كان الفسخ من أحدهما بدون عذر وترتب على ذلك إضرار بالآخر فإنه لا يبعد في هذه الحالة القول بإلزام المتسبب في الضرر بتعويض الآخر، ولم أرَ هذا الرأي لأحد، لكن قواعد الشرع لا تأباه، فالضرر مدفوع بنص الشارع، فقد قال ﷺ: **«لا ضرر ولا ضرار، ومن ضار ضاره الله»** رواه الحاكم وقال: صحيح على شرط مسلم[١].

بقي من فروع هذه المسألة ما إذا اشترط أحدهما لنفسه شيئاً من نقد أو سواه، غير نصيبه من الغلة، فقد قلنا: بأن هذا ممنوع إلا في قول للإمامية،

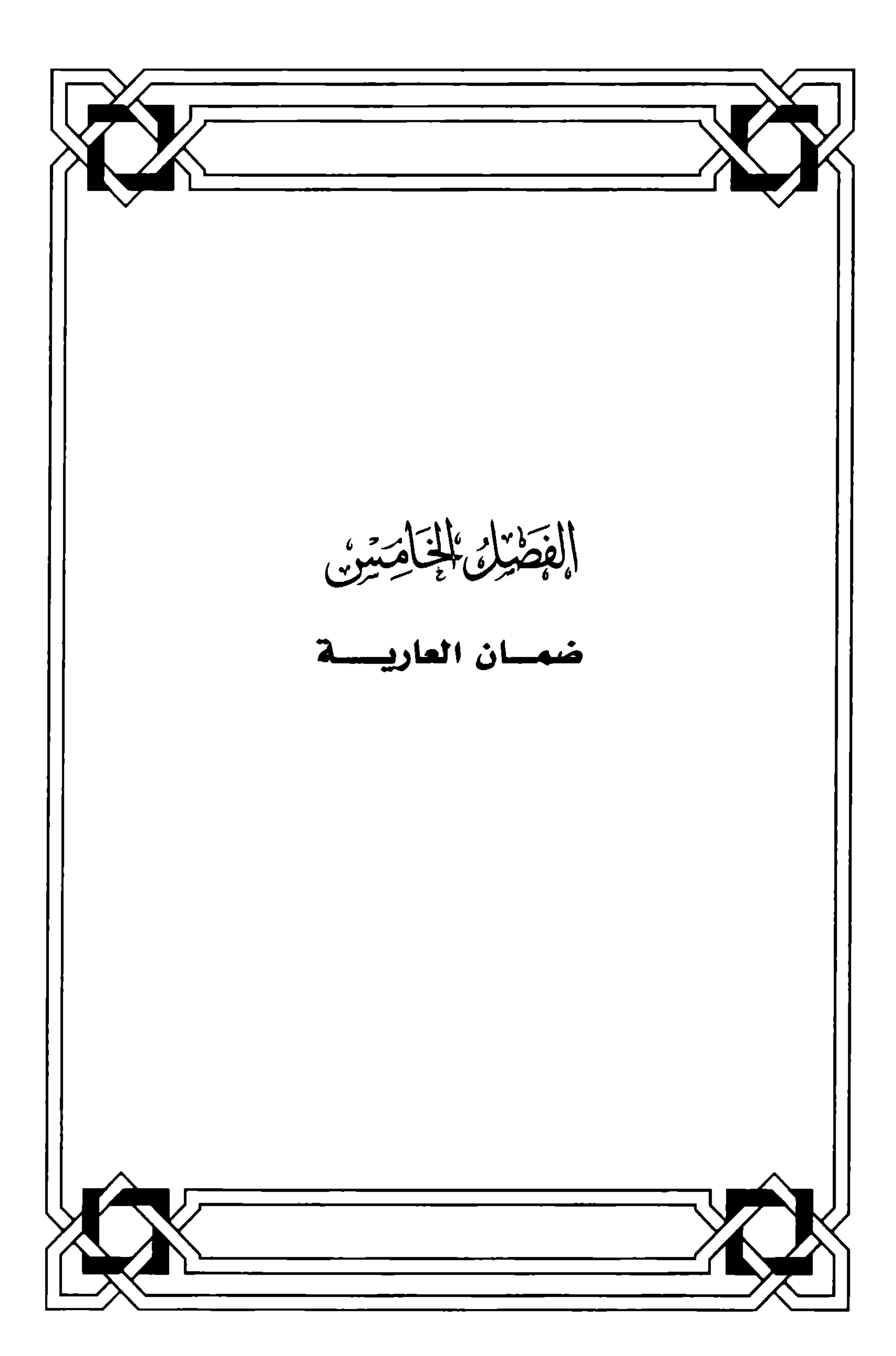
---

(١) المستدرك: ٢/ ٥٧.

ونحن لو نظرنا إلى الوارد في ذلك عنه ﷺ وعن الصحابة من بعده نعرف منه بأنهم لم يفعلوا ذلك، على أن اشتراط ذلك من أحدهما قد يضر بالآخر، لذلك **يبدو لي رجحان** القول بعدم الجواز، ويرشدنا إلى ذلك منع الشارع من جعل الحصة جزءاً من الغلة معيناً بالكيل أو الوزن، أو جعلها زرع بقعة معينة أو ثمرة أشجار معينة من البستان، وإنما اشترط فيها أن تكون جزءاً شائعاً مقدراً بالنصف أو الربع أو نحو ذلك، كما سبق[1].

❑❑❑

(١) انظر بعض هذه التفصيلات في: المغني: ٥/ ٥٦٨ وما بعدها؛ المحلى: ٨/ ٢٢٥.



الفصل الخامس

ضمان العارية

ضمان العارية

العارية هي: إباحة الانتفاع بما يحل الانتفاع به مع بقاء عينه[١]، فإذا أعار شخص لآخر شيئاً؛ فإن صاحب الشيء المعار يقال له: معير، والآخذ: مستعير، والشيء المعار: استعارة، ويقال له أيضاً: عارية، فالعارية اسم يطلق على ما يعار وعلى العقد.

ويتبين من التعرف أن العارية لا تصح إلا بشيء لا يستهلك بالاستعمال، أما الذي يستهلك فلا تصح إعارته، فإذا أذن المالك باستعماله فهذا إباحة وليس بإعارة.

إذا تمهد هذا **نقول**: إذا تلفت العارية عند المستعير فهل عليه ضمان؟.

الجواب على ذلك: إذا حصل التلف بتعدٍّ أو تفريط فهذا فيه الضمان على المستعير، لا نعلم في ذلك خلافاً، أما إذا كان بدون تعدٍّ ولا تفريط، فهنا حصل خلاف بين الفقهاء على مذاهب ثلاثة:

المذهب الأول: عدم وجوب الضمان على المستعير، وبذلك قال أبو حنيفة ومالك، والظاهرية، إلا أن مالكاً قال: إذا كانت العارية مما تتغيب، أي: يمكن إخفاؤها: كالحلي والثياب، فهي مضمونة، إلا إذا أقام المستعير البينة على تلفها بدون تعدٍّ.

المذهب الثاني: ذهب إلى القول: بأن المستعير يلزمه الضمان. وبذلك قال الشافعي، وأحمد، وبعض الزيدية، وقد صرح ابن قدامة: بأن الضمان

---

(١) مغني المحتاج: ٢/ ٢٦٣.

يلزمه ولو شرط عدم الضمان، إلا أنه ذكر بعد ذلك عن أبي الخطاب ما يفهم منه أنه توجد رواية عن أحمد تقول: بأن المستعير إذا شرط نفي الضمان سقط الضمان عنه.

المذهب الثالث: ذهب إلى: أنه لا ضمان عليه إلا عند اشتراط الضمان. وقد روي هذا عن بعض الفقهاء؛ منهم: قتادة، وعثمان البتي، وبه قال بعض الحنفية، وبعض الزيدية، وهو مذهب الإمامية.

وقال بعض المالكية: إذا شرط المعير الضمان لأمر خافه: كطريق مخوفة أو لصوص أو نحو ذلك، فالشرط لازم إن هلكت العارية بالأمر الذي خافه وشرط الضمان من أجله(١).

الأدلة ومناقشتها

أولاً ـ احتج أصحاب المذهب الأول بما يلي:

١ ـ احتج ابن حزم بما حاصله: أن مال المستعير مصان لا يحل أخذه بدون حق، ولا يجب عليه شيء إلا أن يوجبه نص من كتاب أو سنة، فإذا لم يتعدَّ في تلف العين المستعارة فلا يجب عليه شيء إلا بنص صحيح من الشارع، ومثل هذا النص غير موجود(٢).

أقول: هذا الاستدلال تتبين لك الإجابة عليه فيما بعد.

٢ ـ واحتجوا بما روي عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده: أنه ﷺ قال: «**ليس على المستودع غير المغل ضمان، ولا على المستعير غير المغل ضمان**» رواه البيهقي .**والمغل**: الخائن.

فدل هذا على عدم وجوب الضمان على غير المتعدي.

---

(١) انظر: مجمع الأنهر: ٢/ ٣٤٧؛ نصب الراية: ٤/ ١١٧؛ شرح الدردير: ٣/ ٤٣٦؛ مغني المحتاج: ٢/ ٢٦٧؛ المغني: ٥/ ٣٥٥ و٣٥٦؛ المحلى: ٩/ ١٧٣؛ وشرائع الإسلام: ٢/ ١٧٤؛ سبل السلام: ٣/ ٦٧.

(٢) المحلى: ٩/ ١٧٤ وما بعدها.

وأجيب: بأن الحديث في إسناده عمرو بن عبد الجبار، وعبيد بن حسان، وهما ضعيفان، نقل البيهقي ضعفهما عن الدارقطني، وقال: المحفوظ أنه عن شريح القاضي من قوله.

وقد حاول ابن التركماني في تعليقه على سنن البيهقي الدفاع عن هذا الإسناد، وقال: لم يضعفهما أحد من أهل هذا الشأن فيما علمت، ولا يقبل تضعيف الدارقطني لهما، لأنه تضعيف مبهم: لم يبين فيه سبب الضعف[١].

أقول: عبيدة بن حسان قال فيه أبو حاتم: منكر الحديث، وقال ابن حبان: يروي الموضوعات عن الثقات[٢].

٣ ـ واحتجوا بحديث أبي أمامة: أن رسول الله ﷺ قال: «**العارية مؤداة، والمنحة مردودة، والدين مقضي، والزعيم غارم**»، رواه أحمد وأبو داود، وصححه ابن حبان والترمذي[٣] .**الزعيم**: الكفيل.

وجه الدلالة: أنه ﷺ ذكر أشياء بيَّن الحكم فيها، ومنها أن الكفيل ضامن، فلو كان حكم العارية الضمان لصرح به ﷺ كما صرح في الكفيل، لكنه لم يفعل ذلك، وإنما قال: «**العارية مؤداة**»، وهذا مثل قوله تعالى: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّوا۟ ٱلْأَمَـٰنَـٰتِ إِلَىٰٓ أَهْلِهَا﴾ [النساء: ٥٨]، فهو بذلك قد جعل حكمها حكم الوديعة، والمودع عنده لا يضمن إلا بالتعدي، فكذلك هذا.

وأجيب: بأن التصريح بضمان الكفيل لا يدل على عدم ضمان المستعير.

ثانياً ـ واحتج أصحاب المذهب الثاني بما يلي:

١ ـ حديث الحسن البصري عن سمرة: أن النبي ﷺ قال: «**على اليد**

---

(١) السنن الكبرى مع الجوهر النقي: ٦/ ٩١؛ وانظر: نصب الراية: ٤/ ١١٥.

(٢) ميزان الاعتدال: ٣/ ٢٦.

(٣) سنن أبي داود: ٣/ ٢٩٧؛ الترمذي: ٣/ ٥٦٦؛ مجمع الزوائد: ٤/ ١٤٥.

ما أخذت حتى تؤديه» رواه أبو داود، والترمذي، والحاكم وقال: صحيح على شرط البخاري، وأقره الذهبي على ذلك[(١)].

وجه الدلالة: أن العارية مما أخذت اليد وقبضته، فعلى القابض الضمان حتى يؤدي. واعترض ابن حزم على هذا: بأن سماع الحسن من سمرة لا يصح.

أقول: قد سبق أكثر من مرة الكلام عن مسألة سماع الحسن من سمرة، فلا نطيل في إعادته، وقد صحح سماع الحسن منه البخاري وغيره.

لكن ابن حزم عاد فقال: ثم لو صح فليس فيه إلا الأداء، وهذا نقول به، لكن الأداء غير الضمان.

وهذا يمكن أن يرد عليه: بأن صدر الحديث قد جاء بلفظ: «**على اليد ما أخذت**» والتعبير بـ «على اليد» ظاهر في الضمان.

لكن ابن حزم عاد فقال: «يلزمهم إذا حملوا هذا اللفظ على الضمان أن يضمنوا بذلك الرهون والودائع، فهي مما قبضت اليد».

ولأجل أن لا يقول أحد بأن الرهون والودائع مخصصة من عموم الحديث بالإجماع على أن هذه لا تضمن إلا بالتعدي.

أقول: لأجل أن لا يقول ذلك أحد قطع الطريق، وأكمل كلامه السابق بقوله: «وكل هذا قال بتضمينه طوائف من الصحابة ومن بعدهم»[(٢)].

فأخرج بهذا الحديث عن موضع الاستدلال، اللهم إلا إذا تكلفنا وقلنا: بأن المراد من الأخذ: القبض للانتفاع بدون مقابل، وليس المراد منه مجرد القبض، والقبض على الصورة المذكورة مضمون؛ لأن الغنم بالغرم، أما الوديعة وما جرى مجراها كالرهن ونحوه، فالأخذ فيها مجرد قبض لاحقّ للقابض في الانتفاع بها، وبذلك يفرق ما بين العارية وبين غيرها مما ذكر.

---

(١) سنن أبي داود: ٣/ ٢٩٦؛ الترمذي: ٣/ ٥٦٦؛ المستدرك: ٢/ ٤٧.

(٢) المحلى: ٩/ ١٧٢.

ومع ذلك فلقائل أن يقول: هذا مجرد توسع في المعنى، قد يحتمله اللفظ وقد لا يحتمله، فهو موضع نزاع، فيبقى الحديث لذلك غير صريح في إيجاب الضمان على المستعير.

٢ ـ واحتجوا أيضاً بحديث صفوان بن أمية: أن رسول الله ﷺ استعار منه أدرعاً يوم حنين، فقال: أغصب يا محمد؟ فقال: «**لا، بل عارية مضمونة**» رواه أبو داود، والحاكم وسكت عنه.

وقد ضعف ابن حزم هذا الحديث بأن في إسناده شريك القاضي وهو ضعيف. لكن رواه البيهقي من عدة طرق وقال: يقوي بعضها بعضاً. ورواه أبو داود والبيهقي من طريق أخرى مرسلة وليس فيها لفظ: «مضمونة»، لكن جاء فيها: أن أدرع صفوان جمعت، ففقدوا منها أدرعاً، فقال له ﷺ: «**إنا قد فقدنا من أدرعك أدرعاً فهل نغرم لك؟**» قال: لا يا رسول الله، إن في قلبي اليوم من الإيمان ما ليس يومئذ.

قال أبو داود: كان قد أعاره قبل أن يسلم... ثم أسلم[١].

ومع هذا فقد رد أصحاب المذهب الأول الاحتجاج بهذا الحديث وقالوا: هذا يدل على أن العارية غير مضمونة؛ إذ لو كانت مضمونة لما احتاج الرسول ﷺ إلى ذكر الضمان، ولغرم ما ضاع من أدرع صفوان بدون أن يرد ذلك إلى مشيئته[٢]. على أن الحاكم قد روى الحديث بإسناد صحيح بلفظ جاء فيه: أن صفوان بن أمية قال: يا رسول الله! أعارية مؤداة؟ قال: «**عارية مؤداة**»[٣].

وقد سئل عطاء عن معنى: «**مؤداة**» فذكر حديثاً حاصله: أن قوماً أسلموا، وفي أيديهم عواري للمشركين، فظنوا أن إسلامهم قد أباح لهم ما

(١) انظر الحديث في: سنن أبي داود: ٣/ ٢٩٦؛ المستدرك: ٢/ ٤٧؛ السنن الكبرى: ٦/ ٨٩.
(٢) انظر: الجوهر النقي هامش السنن الكبرى: الصفحة السابقة.
(٣) المستدرك: الصفحة السابقة.

بأيديهم من هذه العواري، فبلغ ذلك رسول الله ﷺ فقال: «**إن الإسلام لا يحرز لكم ما ليس لكم، العارية مؤداة**» فرد القوم ما بأيديهم من تلك العواري. رواه البيهقي[١].

وهذا مرسل، لكنه يفسر لنا: أن لفظ «**مؤداة**» لا يعني الضمان، وإنما يعني الرد فقط.

ونظراً لهذا الاختلاف الوارد في لفظ الحديث، حيث جاء مرة بلفظ: «**عارية مضمونة**»، وأخرى بلفظ: «**عارية مؤداة**» قال الزيلعي: هما واقعتان، واحتج على ذلك بحديث رواه عبد الرزاق قال: أخبرنا معمر عن بعض بني صفوان، عن صفوان: «أن النبي ﷺ استعار منه عاريتين: إحداهما بضمان، والأخرى بغير ضمان»[٢].

وهذا الحديث لو صح لكان حجة لأصحاب المذهب الثالث في قولهم: أن الأصل في العارية أنها غير مضمونة إلا إذا شرط الضمان.

لكن يمكن الاحتجاج لهم بحديث أثبت من هذا، وهو ما رواه أبو داود بإسناده عن يعلى بن أمية قال: قال لي رسول الله ﷺ: «**إذا أتتك رسلي فأعطهم ثلاثين بعيراً وثلاثين درعاً**» قال: فقلت: يا رسول الله! أعارية مضمونة، أو عارية مؤداة؟ قال: «**بل مؤداة**» وقد صحح الحديث ابن حبان وغيره[٣].

---

(١) السنن الكبرى: الصفحة السابقة.

(٢) نصب الراية: ٤/ ١١١٧.

(٣) انظر: سنن أبي داود: ٣/ ٢٩٧؛ نصب الراية: ٤/ ١١٧؛ بلوغ المرام مع سبل السلام: ٣/ ٦٩.

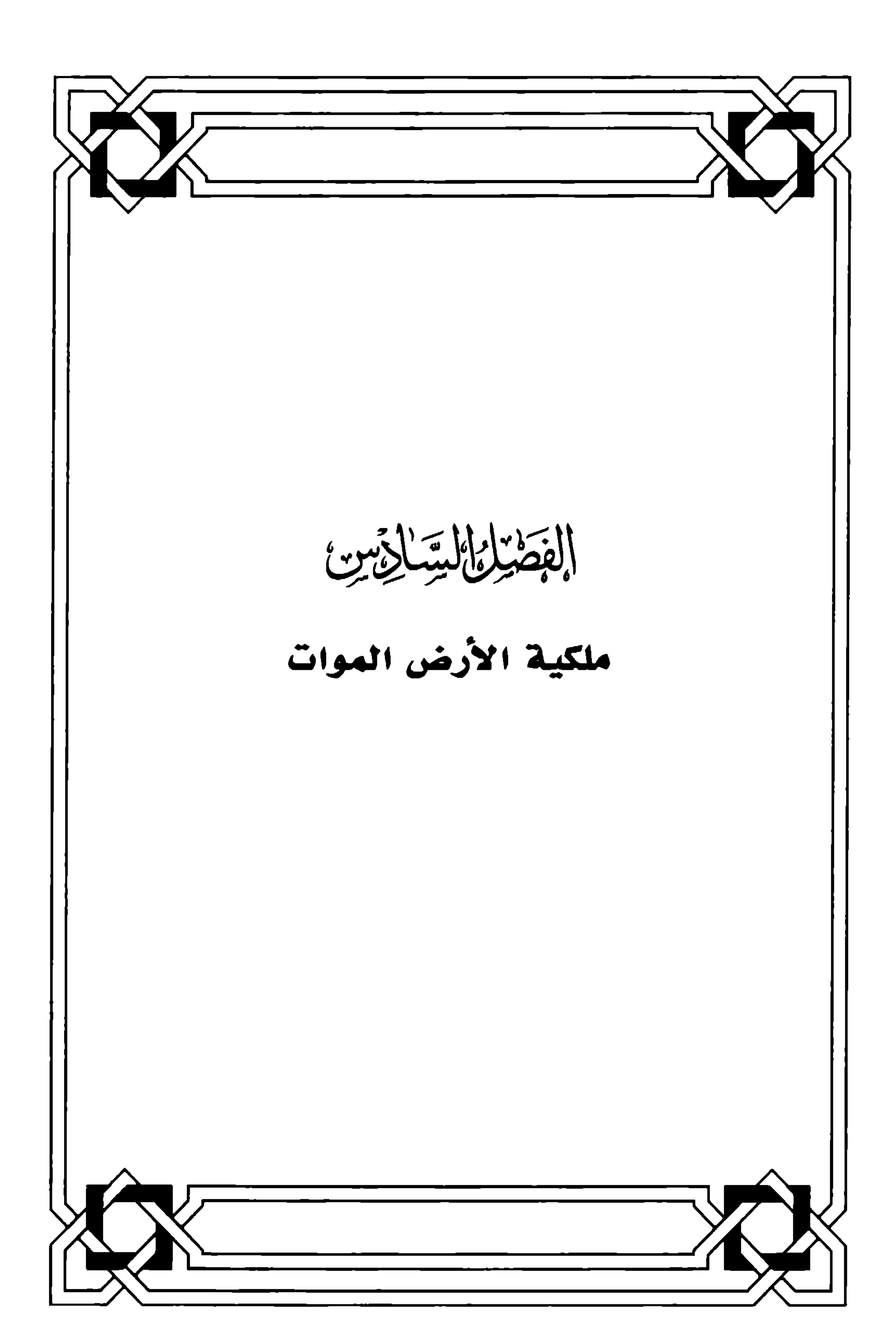
ولم يعترض ابن حزم على صحة الحديث، بل على العكس من ذلك؛ فقد قال: ليس في العارية خبر يصح غيره، لكنه قال: قد فرق فيه بين الضمان والأداء، وقد أوجب في العارية الأداء فقط وردَّ الضمان.

وهكذا جعل ابن حزم استفهام الصحابي عبارة عن استفسار استوضح به حقيقة العارية: أهي مضمونة أم مؤداة؟ وحيث قد أوضح الرسول ﷺ بأنها مؤداة فهو بذلك يكون قد نفى عنها الضمان.

ويبدو لي: أن الأمر ليس كذلك، فنحن لو قرنًا هذا الحديث بحديث صفوان الذي رواه عبد الرزاق، وقد ذكرته قبل هذا الحديث، لتبين بوضوح أن السؤال هنا للاستفصال عن نوع العارية التي ستجري الإعارة على أساسها: أهي العارية المضمونة أم المطلقة من الضمان؟ فقال له ﷺ: **«عارية مؤداة»** فدلنا ذلك بمجموعه على أن العارية تنقسم إلى قسمين: فإن اشترط فيها الضمان فهي المضمونة وإلا فهي المؤداة، أي: المطلقة من الضمان. وهذا ما قال به أصحاب المذهب الثالث من أجل هذه الأدلة.

ولأن المذهب الثالث يمكن به التوفيق بين الأدلة أراه هو المذهب الراجح، والله تعالى أعلم.





الفصل السادس

ملكية الأرض الموات

ملكية الأرض الموات

الأرض الموات: أي الأرض الميتة، وهي التي لم تعمر، شُبه تعطيلها عن العمارة بالموت. إذا تمهَّد هذا فإننا ينبغي أن نعرف الآن ما هو المقصود بالأرض الموات شرعاً؟ وكيف تملك؟.

أما الأرض الموات فهي تنقسم إلى قسمين:

القسم الأول: أرض ميتة لم يجرِ عليها ملك لأحد، ولا يوجد فيها أثر يدل على أن هذه الأرض قد سبق إعمارها: كخرائب، أو آثار آبار، أو أنهر ونحو ذلك؛ فهذه تعتبر من الأرض الموات، لا نعلم في ذلك خلافاً.

القسم الثاني: أرض ميتة جرى عليها ملك لمالك، وهذه ثلاثة أنواع:

النوع الأول: ما يوجد فيها أثر ملك جاهلي قديم، ولا يعلم أن مسلماً ملكها، فهذه تعتبر من الأرض الموات.

النوع الثاني: ما جرى عليها الملك في الإسلام لمسلم أو ذمي، لكن المالك غير معين، فهذه موضع خلاف بين الفقهاء: فقال أبو حنيفة، ومالك وأحمد في إحدى الروايتين عنه: تعتبر مواتاً.

وقال الشافعي، ومحمد بن الحسن صاحب أبي حنيفة، وسحنون صاحب مالك، وأحمد في إحدى الروايتين: لا تعتبر مواتاً، وإنما هو مال ضائع مرجعه لبيت المال. ويبدو من كلام صاحب البحر الزخار: أن هذا مذهب الزيدية.

النوع الثالث: أرض ميتة لها مالك معين، فهذه ينظر إلى سبب ملكيتها: فإن كانت قد ملكت بعقد من شراء وهبة وما إلى ذلك، فهذه لا تعتبر مواتاً، لا نعلم في ذلك خلافاً، أما إذا كان سبب ملكيتها الإحياء، على نحو ما سنبينه فيما بعد، ثم تركت حتى خربت وصارت مواتاً فهذه قد جرى فيها خلاف بين الفقهاء: فذهب الجمهور إلى عدم اعتبارها مواتاً، وإنما هي ملك لمالكها. وقال مالك: تعتبر مواتاً.

بعد هذا ينبغي أن يعلم: أن كل أرض تعتبر مرفقاً عامّاً للمدن أو القرى لا تعتبر أرضاً ميتة وإن اتسعت، سواء كانت داخل البلد أو خارجها، فيدخل في ذلك: الطرق والساحات، وميادين السباق والملاعب، ومطرح القمامة، ومسيل الماء، ومواقف القوافل، ووسائط النقل، والمراعي المحيطة بالقرى والغابات التي يحتطب منها، وعلى العموم فكل ما يعتبر مرفقاً عامّاً لا يعتبر من الموات.

وكذلك لا يعتبر من الموات ما تمس الحاجة إليه لتمام انتفاع الناس بأملاكهم، فمن احتفر بئراً أو استنبط عيناً أو شق نهراً أو بنى داراً؛ فإن كان ما يحيط بذلك من الأرض غير مملوك لأحد، فإن حقه يمتد إلى ما قرب منها مما تمس حاجته إليه للانتفاع بملكه وعدم الإضرار به، ثم الموات ما وراء ذلك، وعليه فمن حفر بئراً للسقي فإنه لابد لكي ينتفع بها من طريق توصل إليها وآلة لإخراج الماء، وحوض يجمع الماء فيها، فالأماكن اللازمة لذلك يمتد ملكه إليها ولا تعتبر مواتاً، وإنما الموات ما وراء ذلك. وهكذا في كل شيء بما يناسبه.

ثم هل هناك فرق في الأراضي غير المملوكة بين ما كان قريباً من الأرض المعمورة أو بعيداً عنها؟.

الذي عليه غالبية الفقهاء: أن ما لم يكن مملوكاً أو من المرافق يعتبر مواتاً. وبهذا قال الشافعي، ومحمد بن الحسن، والظاهرية، والزيدية، وبعض أصحاب مالك وأحمد في إحدى الروايتين عنه.

وقال بعض الفقهاء: الأرض القريبة من البلد لا تعتبر مواتاً. ثم ما هو حد القرب؟ قال أبو يوسف: المسافة التي ينتهي إليها الصوت الجهوري اعتباراً من آخر دور البلد، وقال سحنون: أبعد قليلاً مما تدركه المواشي لغدوها ورواحها، وقال أحمد في إحدى الروايتين عنه: حد القرب والبعد مرجعه العرف[1].

ويبدو لي: أن هذا ليس بخلاف؛ وذلك لأن الكل متفق على أنه لابد للبلد من مرافق، والمرافق لا تعتبر من الموات، غاية ما في الأمر أن الجمهور اعتبروها بالمرافق الفعلية القائمة، بينما حد لها أبو يوسف وسحنون حدّاً معيناً، وحيث إن المسافة التي حدها أبو يوسف قد جعل بدايتها من نهاية الدور إذن فهو يعتبر هذه المسافة من المرافق، وحيث حدها سحنون بما تدركه المواشي، إذن فقد قصد بذلك المراعي، والمراعي من المرافق العامة.

والذي أرى رجحانه هو ما ذهب إليه غالبية الفقهاء؛ وذلك لأن إعمار الأرض أمر مطلوب شرعاً، إلا إذا رأى ولي الأمر إضافة مساحات أخرى إلى المرافق القائمة بالفعل تحسباً للتوسع في المرافق مستقبلاً أو لاستحداث مرافق جديدة، ففي هذه الحالة تخرج المساحات المضافة عن كونها مواتاً وتضم إلى المرافق ويبقى الموات ما سوى ذلك.

إذا عرفنا هذا فإن مواضع الخلاف إذن تكاد تنحصر في أمرين:

أحدهما: في الأرض التي يعلم تقدم ملك عليها لغير معين، وقد سبق ذكر الخلاف فيها، والذي أراه راجحاً هو ما ذهب إليه الشافعي ومن وافقه الذين ذهبوا إلى أنها لا تعتبر مواتاً، وإنما هي مال ضائع مرجعه لبيت المال.

---

(١) انظر ذلك في: المغني: ٥/ ١٤٦ وما بعدها؛ مغني المحتاج: ٢/ ٣٦١ وما بعدها؛ اللباب، ص ١٧٣؛ القوانين الفقهية، ص ٢٩٠، المنتقى شرح الموطأ: ٦/ ٦٧ وما بعدها؛ المحلى: ٨/ ٢٣٣؛ البحر الزخار: ٥/ ٧١ وما بعدها.

وذلك لأن النصوص الواردة في الأرض الموات ـ وستأتي ـ قد أخرجت من الموات الأرض التي فيها حق لمسلم، ومثل المسلم الذمي فإن حقوقه المالية مصانة أيضاً، وعليه فالأرض التي جرى عليها ملك في الإسلام ثبت فيها حق المالك، وما كان أمره كذلك فإن هذا الحق لا يجوز الاستبداد به، وإنما ينتقل بعد صاحبه لوارثه، فإن لم يكن له وارث معين ورثه المسلمون، ويمثل المسلمين بيت المال، وحينئذ فمثل هذه الأرض يعود النظر فيها لولي الأمر، يفعل فيها ما فيه مصلحة المسلمين.

ثانيهما: الأرض التي ملكت بالإحياء، وأهملها صاحبها حتى عادت مواتاً كما كانت، وتطاول الزمن عليها، فهذه قد جرى فيها الخلاف السابق، وقد احتج الجمهور لقولهم: بعدم خروجها من ملك صاحبها: بأن الإحياء سبب من أسباب الملك، وما دام الأمر كذلك فإن ملكه لا يزول عنها إلا بسبب من الأسباب الناقلة للملكية كما لو ملكها بشراء أو نحوه.

واحتج مالك لقوله: أن هذه الأرض تعتبر مواتاً، فإذا أحياها غيره كانت للمحيي الثاني: بأن هذه الأرض هي في الأصل ملك مباح، ومن ملك المباح ثم خرج من يده حتى عاد إلى أصله فإنه يكون لمن ملكه بعده، كالسمك يخرجه الصائد من البحر، فإذا خرج من يده وعاد إلى البحر فهو لمن صاده بعده.

لكن هذا يرد عليه: أن هذا يمكن أن يقال بالنسبة لأرض احتجزها شخص ومضت مدة كافية لإحيائها ولم يفعل، فهذا لو جاء غيره فأحياها كان له ذلك؛ لأن هذه الأرض لم تخرج عن كونها مواتاً، أما الذي أعمرها فإنه قد أجرى فيها تغييراً مكنه من استقرار ملكه فيها، بدليل أنه لو أراد بيعها وهي عامرة جاز له ذلك، فلو خربت بعد ذلك عند المشتري فإنها لا تعتبر مواتاً ولا يحق لأحد نزعها منه بالاتفاق.

لكن لو قال قائل: هذه الأرض هي في الأصل ملك للمسلمين، وقد أعطى الشارع حق تملك منافعها ورقبتها لمن أعمرها، لأن في إعمارها

مصلحة المسلمين، إذن فإعمارها المحقق للمصلحة هو السبب في إعطاء الشارع حق التملك لمن أحيا الأرض، فإذا أهملها حتى عادت مواتاً وكان بالمسلمين حاجة إلى إعمارها فحينئذ أفلا يكون من حق ولي الأمر أن يأمره بإعادة إعمار أرضه، ويعينه على ما يمكنه من ذلك إن كان بحاجة إلى معونة؟ فإن لم يكن بحاجة إلى معونة وأعطي المدة الكافية لإعادة إعمارها ولم يفعل فحينئذ ألا يحق لولي الأمر في هذه الحالة أن يأمره بنقل ملكيتها ببيع أو نحوه إلى من يتولى إعمارها؟ لو قال قائل: إن لولي الأمر ذلك؛ لما رأيته بعيداً عن الصواب.

فإذا عرفنا ما هي الأرض الموات ننتقل بعد ذلك إلى كيفية تملكها.

فنقول: تملك الأرض الموات بإحيائها، وقد اختلف الفقهاء فيما يتحقق به إحياء الأرض على مذهبين:

المذهب الأول: ذهب بعضهم إلى: أن إحاطة الأرض بحائط، أو إزالة الأعشاب وجذور الأشجار بنية زرعها، أو إيصال الماء إليها، أو حرثها، أو غرسها، أو قلع الحجارة منها، أو جرد الأملاح حتى يمكن بذلك زرعها، هذا كله يعتبر إحياء للأرض.

وبهذا قالت الظاهرية، وهو ما يذكره أكثر الحنفية، وروي نحوه عن مالك. وجاء في إحدى روايتين عن أحمد: أن تحويط الأرض يعتبر إحياء سواء أرادها للبناء أو للزرع أو حظيرة يضع فيها مواشيه وأمتعته.

المذهب الثاني: ذهب آخرون إلى: أن الإحياء هو ما تعارفه الناس إحياء للأرض، وذلك يختلف باختلاف الغرض، فإذا أراد إحياء الأرض لتكون حظيرة فإن إحياءها يكون بإحاطتها بحائط مبني بما جرت العادة بالبناء به، وإن أرادها سكناً فلا بد من بنائها بشكل تكون معه معدة للسكن ولا يكفي مجرد تحويطها.

وإن أرادها للزرع فلا بد من إعدادها لذلك: بتسوية الأرض وتنقيتها، وإيصال الماء إليها وما أشبه ذلك، فإن أرادها بستاناً فلا بد بالإضافة إلى ذلك من تحويطها.

بنحو هذا قال الشافعي، والزيدية، وأحمد في إحدى الروايتين، وبعض أصحاب مالك، وإليه يشير كلام بعض الحنفية.

لكن زاد الشافعي، وبعض الزيدية وزفر: أن إعداد الأرض للزرع أو الغرس لا يكفي في إحيائها، ولكن لابد بالإضافة إلى ذلك من زرع الأرض أو غرسها بالفعل[(١)].

وهذا هو الراجح فيما أرى؛ وذلك لما يلي:

١ - فعن أسمر بن مضرس قال: «أتيت النبي ﷺ فبايعته فقال: **من سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم فهو له**، قال: فخرج الناس يتعادون يتخاطون» رواه أبو داود، وقد روى البيهقي الحديث من طريق أبي داود، وكذلك ذكره الحافظ في التلخيص، والمجد في المنتقى؛ كلهم عن أبي داود باللفظ المذكور، لكني وجدت الحديث في النسخة التي بين يدي من سنن أبي داود بلفظ: «**من سبق إلى ما(ء)**» هكذا وضع الهمزة بين معقوفين، فكأن المحقق قد وجد الهمزة في بعض نسخ الكتاب دون بعض، وأنا أرجح ما ذكره البيهقي والحافظ ابن حجر والمجد بن تيمية؛ فهؤلاء أئمة لهم شأن عظيم في الحديث، فالخطأ عليهم كلهم بعيد، بينما هو أمر وارد بالنسبة للنساخ[(٢)].

(١) انظر: الاختيار: ٣/ ٩٥؛ مجمع الأنهر والدر المنتقى: ٢/ ٥٥٨؛ المنتقى شرح الموطأ: ٦/ ٣٠؛ مغني المحتاج: ٢/ ٣٦٦؛ المغني: ٦/ ١٧٨؛ المحلى: ٨/ ٢٣٨؛ البحر الزخار: ٥/ ٧٢ _ ٧٣.

(٢) انظر: سنن أبي داود: ٣/ ١٧٧؛ السنن الكبرى: ٦/ ١٤٢؛ التلخيص الحبير: ٣/ ٦٣؛ نيل الأوطار: ٥/ ٣٥.

قوله في الحديث: «**يتعادون يتخاطون**»: أي: خرجوا مسرعين يعملون على الأرض علامات بالخطوط.

٢ ـ وعن جابر: أن النبي ﷺ قال: «**من أحيا أرضاً ميتة فهي له**» رواه الترمذي وصححه، وجاء في رواية بلفظ: «**من أحيا أرضاً في غير حق مسلم فهي له**» رواه البيهقي[١].

٣ ـ وعن أم المؤمنين عائشة قالت: قال رسول الله ﷺ: «**من أعمر أرضاً ليست لأحد فهو أحق بها**» رواه البخاري[٢].

٤ ـ وعن جابر: أن النبي ﷺ قال: «**من أحيا أرضاً ميتة فله فيها أجر، وما أكلت العافية منها فهو له صدقة**» رواه ابن حبان في صحيحه[٣] .**العافية**: هم طلاب الرزق من إنسان أو غيره.

فهذه الروايات عن رسول الله ﷺ يفسر بعضها بعضاً، وعليه فقوله: «**من سبق إلى أرض**» أي: سبق إلى إحيائها. والإحياء معناه: الإعمار، كما جاء في رواية أخرى، والإعمار يفسره الحديث الذي بعده: فقد ذكر فيه الرسول ﷺ الزرع وما فيه من أجر، وأن المحتاج إذا أكل منه يعتبر ذلك صدقة لصاحبه، هذا هو الإحياء، على أن الرسول ﷺ لو أطلق الإعمار فإن ذلك لابد أن يرجع فيه إلى العرف؛ لأن العرف هو المرجع عند سكوت الشارع عن التفصيل، والعرف لا يعتبر مجرد ابتداء العمل إعماراً، فمجرد حفر البئر، أو تنقية الأرض دون مواصلة العمل والوصول في النهاية إلى الإعمار هو من قبيل التحجير، أي: حجر الأرض ومنعها عن الآخرين، والتحجير لا يترتب عليه ملك، وقال غير واحد من الفقهاء: لو جاء غيره فأحيا الأرض كانت للمحيي[٤].

---

(١) سنن الترمذي: ٣/ ٦٦٤؛ السنن الكبرى: ٦/ ١٤٢.

(٢) البخاري هامش الفتح: ٥/ ١٥.

(٣) نصب الراية: ٤/ ٢٩١.

(٤) مغني المحتاج: ٢/ ٣٦٧؛ المغني: ٦/ ١٥٤.

ويبدو لي: أن الأمر ليس كذلك، للحديث السابق: «**من سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم فهو له**» فمن سبق إلى أرض وشرع في إحيائها فهو أحق بها ما دام قد ظهر من حاله أنه جادٌّ في مواصلة عمله، أما إذا عطل العمل فيها من غير عذر فلولي الأمر أن يأمره بإتمام الإحياء أو يترك الأرض، ويمهله مدة مناسبة لذلك؛ وقد أمهل عمر رضي الله عنه ثلاث سنين[١]، فإذا مضت المدة وظهر تلاعبه فلولي الأمر نزعها منه وإعطاؤها لمن يعمرها، على أنه إذا كان قد أنفق عليها أو عمل فيها شيئاً فإنه يجب أن يعوض عن ذلك؛ فإن أكل أموال الناس بالباطل حرام شرعاً.

بقي هنا أمر وهو: **هل يحتاج إحياء الأرض إلى إذن ولي الأمر؟**.

جمهور الفقهاء على أن الإذن ليس بلازم، فمن أحيا أرضاً مواتاً ملكها بالإحياء، سواء أذن له ولي الأمر بذلك أو لم يأذن. وبذلك قال الشافعي وأحمد، وأبو يوسف، ومحمد، وبعض أصحاب مالك، والظاهرية وأكثر الزيدية.

وذهب بعض الفقهاء إلى: أنه لابد من إذن ولي الأمر، وبه قال أبو حنيفة، وبعض أصحاب مالك، وبعض الزيدية، والذي عليه أكثر أصحاب مالك: أن إحياء ما قَرُبَ من العمران يحتاج إلى إذن ولي الأمر دون ما بَعُدَ[٢].

على أني قد بينت فيما سبق: أن المالكية يعنون بالأرض القريبة المرافق، والمرافق لا يجوز إحياؤها بالاتفاق، لأنها لا تعتبر من الأرض الموات، وإنما اختلفوا في تحديد المرافق كما سبق بيان ذلك، لذلك فالنزاع هنا ينحصر بين الجمهور وبين أبي حنيفة ومن وافقه.

---

(١) نصب الراية: ٤/ ٢٩١.

(٢) انظر: الاختيار: ٣/ ٩٥؛ المنتقى شرح الموطأ: ٦/ ٢٨؛ القوانين الفقهية، ص ٢٩٠؛ مغني المحتاج: ٢/ ٣٦١؛ المغني: ٦/ ١٨٤؛ فتح الباري: ٥/ ١٤؛ المحلى: ٨/ ٢٣٣، البحر الزخار: ٥/ ٧١؛ سبل السلام: ٣/ ٨٢.

وقد احتج أبو حنيفة: بأن الأرض الموات ملك للمسلمين، فالنظر فيها لولي الأمر، كما هو الحال بالنسبة لمال بيت مال المسلمين، وهذا المال لابد فيه من إذن ولي الأمر فكذلك الأرض الموات.

واعترض: بأن مال بيت المال محرز مملوك للمسلمين، فاحتاج إلى الإذن، وليس كذلك الأرض الموات، فهي من المال المباح حكمها في ذلك حكم ماء الأنهار والحطب والحشيش في الأراضي غير المملوكة لأحد، فكل هذا لا يحتاج إلى إذن بالاتفاق، فكذلك الأرض الموات.

وأجيب عن هذا الاعتراض: بأن الماء ونحوه مما ذكره قد أخرجته إلى الإباحة المطلقة أحاديث خاصة، أما ما سوى ذلك فيبقى بحاجة إلى إذن.

ورد هذا الجواب: بأننا لو سلمنا ذلك فالأرض الموات أيضاً أخرجها أحاديث، وقد سبق ذكرها، ومنها قوله ﷺ: **«من أحيا أرضاً ميتة فهي له»**.

وأجيب: بأن هذا يحمل على أنه إذن خاص للقوم الذين أذن لهم الرسول ﷺ بذلك، وهذا باعتباره ولي الأمر، وذلك للجمع بينه وبين قوله ﷺ: **«ليس للمرء إلا ما طابت به نفس إمامه»**.

ويرد على هذا الجواب: أن هذا الحديث ضعيف لا تقوم به حجة، بل قال ابن حزم: هو حديث موضوع(١)، ثم بعد ذلك فإن ما يصدر عنه ﷺ هو في الأصل تشريع عام، وحمله على أنه إذن خاص بحاجة إلى دليل، على أنه قد ورد في المسألة حديث لا يرد عليه هذا الاحتمال، فقد روى البيهقي بإسناده عن أم المؤمنين عائشة قالت: قال رسول الله ﷺ: **«العباد عباد الله، والبلاد بلاد الله، من أحيا من موات الأرض شيئاً فهو له»** رواه البيهقي، ورواه الطبراني في الكبير عن فضالة بن عبيد، قال الهيثمي: رجاله رجال الصحيح(٢).

---

(١) انظر: المحلى: ٨/ ٢٣٤؛ نصب الراية: ٣/ ٤٣١ و٤/ ٢٩٠.

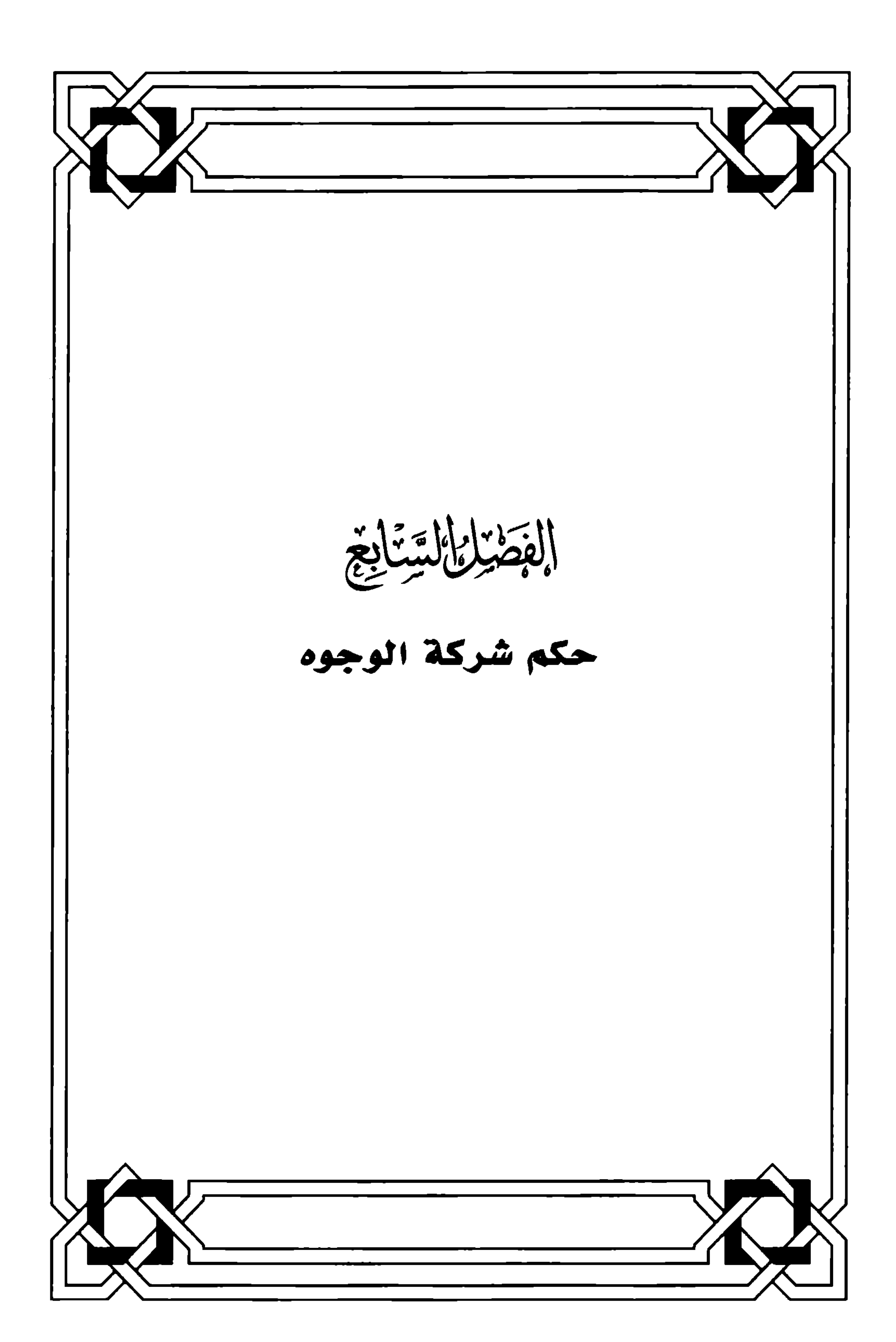
(٢) السنن الكبرى: ٦/ ١٤٢؛ مجمع الزوائد: ٤/ ١٥٧؛ نصب الراية: ٤/ ٢٩٠.

فهذا الحديث لا يحمل على شيء مما ذكروه، فالناس في كل زمان ومكان عباد الله، والأرض في كل زمان ومكان أرض الله، نعم لو منع ولي الأمر الناس من أن يحتازوا بالإحياء أماكن معينة من الموات لأن المصلحة العامة تقتضي هذا المنع؛ فإن إحياء هذه الأماكن يحتاج إلى إذن، أما ما سوى ذلك فلا يحتاج إحياؤه لإذن.

والذي أراه: أن المنع في زماننا يشمل ما هو داخل في حدود البلدية، والقرى ومرافقها، والأماكن التي تمنع الدولة عامة الناس من استغلالها، لقيمتها التاريخية: كالمواقع الأثرية، أو لتستغل من قبل الدولة مباشرة: كالأماكن التي توجد فيها حقول البترول ونحو ذلك من المعادن التي ترى الدولة استغلالها استغلالاً مباشراً، أو لتقام عليها منشآت يغلب عليها طابع الملكية العامة: كالمعسكرات والمصانع التابعة للدولة ونحو ذلك، أو لتترك منفعتها لعموم الناس فلا يحجر عليها من قبل الأفراد: كالمناطق التي تسبغ الدولة عليها رعايتها لتظل مراعي عامة للناس.

خلاصة الأمر: إن ما يدخل ضمن المرافق العامة للمدن والقرى، وما يدخل ضمن حدود البلديات من الموات، وكذلك كل منطقة من الموات منعت الدولة الناس من استغلالها لتعلق المصلحة العامة بذلك؛ هذه كلها يحتاج إحياؤها إلى إذن ولي الأمر، أما ما سوى ذلك من الموات فإن إحياءه لا يحتاج إلى إذن كما دلت على ذلك الأحاديث الواردة عن الرسول ﷺ في هذا الشأن.

❑ ❑ ❑



الفصل السابع

حكم شركة الوجوه

تمهيد

المقصود بهذا الفصل هو بيان خلاف الفقهاء في مشروعية شركة الوجوه، ومع ذلك فإني سأقسم هذا الفصل إلى مبحثين:

أتكلم في **الأول** منهما بإيجاز شديد عن أنواع الشركات، وعن أهم ما يتعلق بشركة الوجوه.

وأتكلم في **الثاني** عن خلاف الفقهاء في مشروعية شركة الوجوه وأدلتهم.



المبحث الأول
أنواع الشركات وأهم ما يتعلق بشركة الوجوه

الشركة تنقسم إلى قسمين:

شركة أملاك، وشركة عقود.

أما **شركة الأملاك**: فتكون في الشيء يرثه أكثر من واحد، أو يوهب لهم، أو يوصى لهم به، أو يشترونه، أو تختلط أموالهم فلا تتميز.

وأما **شركة العقود**: فهي الشركة الناتجة عن عقد بين متعاقدين أو أكثر، وهذه ثلاثة أنواع:

الأول: **شركة بالأموال**: وهي أشهر أنواع الشركات وأكثرها شيوعاً.

الثاني: **شركة بالأبدان** ـ وتسمى: شركة العمل ـ: وهذه تكون في الصنائع والأعمال، وقد أجازها الأكثرون، ومنعها بعضهم ومنهم الشافعي، واشترط مالك لصحتها: وحدة المكان، ووحدة عمل الشركاء أو تلازمه: بحيث يتوقف عمل أحدهم على عمل الآخر، ولم يشترط ذلك أبو حنيفة.

الثالث: **شركة الوجوه**: وهذه تسمى شركة المفاليس وشركة الذمم، وهي المعنية بالدراسة.

وكل نوع من هذه الثلاثة إما أن يكون: شركة مفاوضة، أو شركة عنان، وذلك لأنه إما أن يشترط التساوي فيما يشترك فيه وفي ربحه وخسارته، وفي التصرف والنفع والضرر أو لا؛ فالأول المفاوضة، والثاني العنان. ثم إن في المفاوضة يكون كل شريك كفيلاً عن الآخر في كل ما يلزمه بسبب الشركة، كما أنه وكيل عنه، بينما العنان لا كفالة فيها.

وبعض هذه الأنواع متفق على صحته، وبعضها مختلف فيه، ولكل منها شرائط تجدها مبسوطة في كتب الفقه.

قال ابن جزي: أجاز مالك شركة العنان والمفاوضة والأبدان، ومنع شركة الوجوه، وأجاز أبو حنيفة الأربعة، وأجاز الشافعي العنان خاصة، إذا عرفنا ذلك فإن الذي يهمنا هنا منها «شركة الوجوه».

وشركة الوجوه: أن يشترك أكثرُ من واحدٍ ليس لهم مال، ولكنهم وجهاء مؤتمنون لدى الناس، على أن يشتروا تجارة بثمن مؤجل، وما يربحونه يكون بينهم، وسميت شركة وجوه، لأنه لا يبتاع بالنسيئة إلا الوجه المؤتمن من الناس.

ثم إذا كفل كل من الشركاء الآخر، واتفقوا على أن ما يشترونه يكون بينهم بالتساوي، وتساووا في تحمُّل الثمن، وفي الربح والخسارة، وتفاوضوا في كل شيء يتعلق بالشركة؛ فهذه شركة مفاوضة بالوجوه. ويكون في هذه الحالة كل واحد منهم كفيلاً عن الآخر فيما يلزمه بسبب الشركة ووكيلاً عنه في التصرف بيعاً وشراء.

أما إذا لم تشترط الكفالة أو كان بين الشركاء تفاوت في الحصص: كأن يكون لأحدهما ثلثان وللآخر الثلث مثلاً؛ فهذه شركة عنان بالوجوه.

لكن ينبغي أن يلاحظ هنا: أن التفاوت في الربح يلزم من التفاوت في تحمل الثمن: فالذي له ثلث الربح يتحمل الثمن وهكذا، فإن اشترطا التساوي في تحمل الثمن والتفاوت في الربح فهذا غير جائز. وهذا على خلاف شركة الأموال، فإن بعض الفقهاء قد جوزوا التفاوت بين رأس المال والربح، وسبب هذا الاختلاف بين الشركتين: أن شركة الوجوه لا مال فيها، وإنما يشتري الشركاء بضمانهم، وعليه فبقدر ما يضمن الشريك من الثمن يستحق من الربح، أما الزائد على ذلك فإنه ربح ما لم يضمن، وهذا غير جائز. هذا مجمل لما أردت بيانه في هذا المبحث.

❑ ❑ ❑

المبحث الثاني
الخلاف في مشروعية شركة الوجوه

من خلال هذا المبحث سيتبين حكم شركة الأبدان أيضاً.

إذا عرفنا هذا فإن الفقهاء قد اختلفوا في حكم شركة الوجوه على مذهبين:

المذهب الأول: تجوز هذه الشركة. وبذلك قال أبو حنيفة، وأحمد والزيدية وابن المنذر من الشافعية.

المذهب الثاني: لا تجوز. وبه قال مالك، والشافعي، والإمامية، والظاهرية، لكن قال مالك: إذا اتفقا على شراء شيء معين وتساويا في التحمل جاز. وقال الشافعية: إذا وكل أحدهما الآخر بشراء شيء معين فإنهما يصيران شريكين في ذلك، إذا قصد المشتري الشراء لهما[1].

الأدلة ومناقشتها

سأسوق أدلة المانعين، ومن مناقشتها يتضح دليل المذهب الآخر:

فأقول: احتج المالكية على القول بعدم الجواز: بأن هذا من باب: تحمل عني وأتحمل عنك، وهو ضمان بجعل، ومن باب: أسلفني وأسلفك، وهو سلف جر منفعة.

---

(١) فتح القدير: ٥/ ٣٠، البدائع: ٦/ ٥٧ وما بعدها؛ المهذب: ١/ ٣٤٦؛ مغني المحتاج: ٢/ ١٢؛ القوانين، ص ٢٤٤، الدردير: ٣/ ٣٦٤؛ المغني: ٥/ ١٢٢؛ المحلى: ٨/ ١٣١؛ البحر الزخار: ٥/ ٩٤؛ شرائع الإسلام: ٢/ ١٣٠؛ النهاية، ص ٤٢٦.

ويرد على هذا: أن الصورة التي قالوا بجوازها فيها نفس هذا الشيء الذي ذكروه، فإن قيل: جازت هذه الصورة لعمل الماضين من السلف بها، قيل: قد استدل الحنفية أيضاً على جواز شركة الوجوه: بأن الناس يتعاملون بها في جميع الأعصار من غير أن ينكر ذلك عليهم أحد، فإذا كانوا يتعاملون بها في زمن أبي حنيفة من غير نكير على وفرة الفقهاء من التابعين وأتباعهم في زمانه فإن هذه أيضاً تكون مما عمل السلف بها.

واحتج الشافعية على عدم جواز هذه الشركة: بأنه لا مال فيها يرجع إليه عند انفساخ العقد.

أقول: هذا مبني على أن الشركة عندهم لا تكون إلا على مال، ولذلك قالوا بعدم صحة شركة الأبدان أيضاً، لكن هذا أمر مختلف فيه، والأكثرون على جواز شركة الأبدان، وإن اختلفوا في الشروط والتفاصيل، وهي شركة على عمل.

واحتجوا لذلك: بحديث أبي عبيدة بن عبد الله بن مسعود عن أبيه قال: «اشتركت أنا وعمار بن ياسر وسعد فيما نصيب يوم بدر، قال: فجاء سعد بأسيرين ولم أجئ أنا وعمار بشيء» رواه النسائي وأبو داود[١]، فهذا اشتراك في عمل لا في مال، وقد قال ابن قدامة: مثل هذا لا يخفى، بل قال أحمد: أشرك بينهم النبي ﷺ[٢].

وقد رد **ابن حزم** ذلك بما حاصله: أن الحديث منقطع؛ لأن أبا عبيدة لم يسمع من أبيه، وأيضاً فإن الغنيمة لا تختص بالغانم، وإنما تكون لكل الجيش تقسم بينهم كما أمر الله تعالى.

---

(١) سنن النسائي: ٧/ ٥٧؛ سنن أبي داود: ٣/ ٢٥٧.

(٢) المغني: ٥/ ١١١.

والجواب على ذلك: أن سماع أبي عبيدة من أبيه أمر مختلف فيه، على أن غاية ما في الأمر أن يكون الحديث مرسلاً جيد الإسناد؛ **ويبدو لي**: أن الأخذ بموجبه أولى من القول بتحريم شيء لم يرد نص بتحريمه.

أما التشريع الخاص بالغنيمة فإنه قد كان بعد أن غنموا واختلفوا في أمر الغنائم؛ فشركتهم كانت سابقة لذلك؛ فالاحتجاج بالحديث إنما هو على الشركة في العمل هل تجوز أم لا؟ الحديث دار على الجواز، أما كونهم لم يقتسموا ما كسبوه من عملهم؛ فذلك لأمر جديد شرعه الله تعالى يختص بالمال المكتسب عن طريق الغنيمة، وعليه فالمانع من اقتسامه ليس بطلان العقد، ولكن التشريع الجديد الخاص بالغنيمة، فتأمل ذلك فإن الفرق بين الأمرين واضح.

وبهذا يتبين أن الشركة لا يشترط أن تكون بالمال فقط، وإنما يجوز أن تكون بالعمل أيضاً، فإذا تقرر ذلك فإن شركة الوجوه ما هي في الحقيقة إلا شركة بالعمل توصل فيها كل من الشريكين إلى نصيبه فيما ينتج عن عمل الآخر من ربح بواسطة الوكالة التي يتضمنها عقد الشركة؛ وذلك لأن كل واحد من الشريكين أصيل في شراء وبيع السلعة بالنسبة لنصيبه منها، ووكيل عن شريكه في نصيب الشريك من ذلك.

وقد أجاز الشافعية الصورة التي سبق ذكرها، وهذه مثلها.

فإن قيل: إنما جازت تلك لأنها وكالة توفرت شروطها، وذلك من تعيين العين المأذون بشرائها، أما شركة الوجوه فليس فيها تحديد لما يشتريه أحد الشريكين.

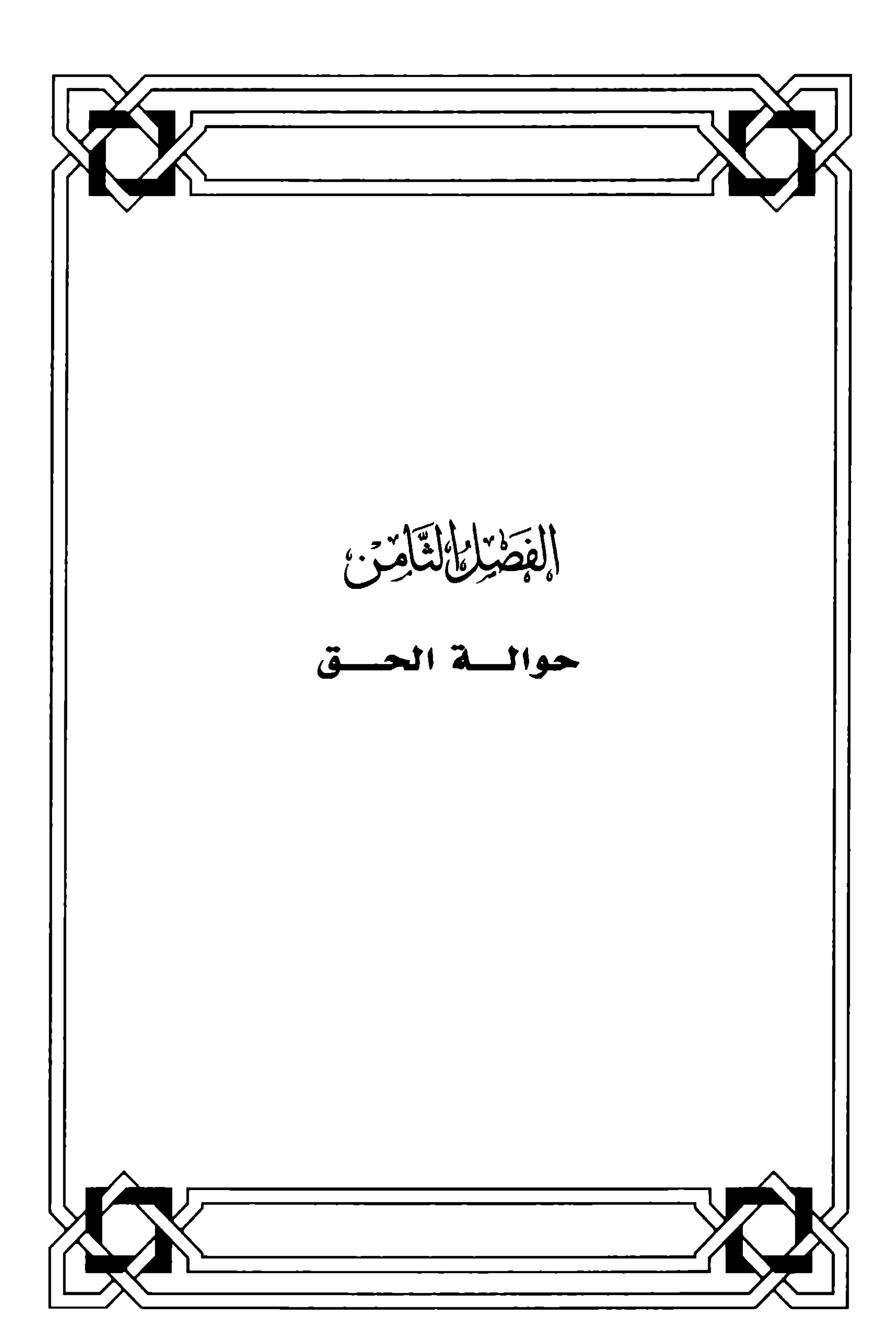
فالجواب على ذلك: أن الوكالة في شركة الوجوه ليست منفردة حتى يشترط تقييد موضوعها، وإنما هي وكالة ضمن شركة وهذه لا يشترط فيها التقييد، نظير ذلك: شركة العنان المتفق على صحتها، فهي تتضمن وكالة بالاتفاق، والكل متفق على أن هذه الوكالة لا يشترط أن تكون مقيدة بنوع معين من أنواع التجارات، وإنما يجوز لكل من الشريكين أن يأذن لصاحبه

بالاتجار في كل ما يجوز الاتجار به، نعم لو أرادا استثناء أنواع معينة أو الاقتصار على الاتجار بأنواع معينة جاز، والأمر كذلك بالنسبة للعامل في المضاربة، بل إن صاحب المال لو عين للعامل الاتجار بنوع معين نادر؛ فإن ذلك لا يجوز.

فهذه هي حال الوكالة غير المنفردة لا يشترط فيها التقييد، والوكالة في شركة الوجوه من هذا النوع فلا يشترط تقييدها.

بعد هذا العرض للآراء والأدلة أرى رجحان مذهب القائلين بجواز شركة الوجوه، وكذلك مذهب القائلين بجواز شركة الأبدان، والله تعالى أعلم.





الفصل الثامن

حوالة الحق

تمهيد

الحوالة: تحويل ـ أي نقل ـ الدين من ذمة إلى ذمة أخرى بدين مماثل له. وما دام النقل هنا هو نقل ما في الذمة إذن فهو نقل حكمي.

إذا عرفنا هذا فإني سأتكلم هنا عن أهم شرائط الحوالة، وعن الأثر المترتب عليها، وسأفرد كلّاً منهما في مبحث، لذلك فإن هذا الفصل سيتضمن مبحثين:

❑ ❑ ❑

المبحث الأول
الشرائط

أهم هذه الشرائط ما يلي:

١ ـ كون الحق مستحقّاً في الذمة.

٢ ـ اتفاق الدينين.

٣ ـ رضا المحيل.

٤ ـ قبول المحتال.

٥ ـ رضا المحال عليه.

لهذا فإن المبحث الأول سيتضمن خمسة مطالب:

* * *

المطلب الأول
كون الحق مستحقّاً في الذمة

الحوالة إنما تكون بالديون لا بالأعيان؛ وذلك لأنها نقل حكمي،والدين وصف حكمي يثبت في الذمة، فكان لذلك قابلاً للانتقال إلى ذمة أخرى. أما الأعيان: كالثوب وما أشبه ذلك فهي حسية، لذلك فهي غير قابلة للنقل الحكمي وإنما تحتاج إلى نقل حسي.

وعليه: فلو كان لشخص عند آخر نصيب من ميراث: كمنزل أو ما أشبه ذلك، وكان لهذا الآخر نصيب مثله عند شخص ثالث، فإنه لا يصح للثاني أن يحيل الأول على نصيبه عند الثالث.

وكذلك لو كان لشخص عند ثانٍ وديعة، وكان لهذا الثاني وديعة مثلها عند شخص ثالث، فإنه لا يصح للثاني أن يحيل الأول على وديعته التي عند الثالث وذلك لما قلناه: من أن الحوالة إنما هي نقل حكمي من ذمة إلى أخرى، وهذا إنما يكون فيما يثبت في الذمة لا في الأعيان القائمة.

وعليه: فإذا كان لشخص على ثانٍ دين، وكان لهذا الثاني على ثالث دين مثله فإنه يجوز للثاني إحالة الأول على الثالث وحينئذ يسمى الشخص الثاني: محيلاً، والأول: محالاً أو محتالاً، والثالث: محالاً عليه أو محتالاً عليه، ويسمى الدين محالاً به.

وهكذا ترى أننا قد افترضنا: أن يكون الشخص الثالث مديناً للثاني، فإذا لم يكن مديناً له ومع ذلك أحال عليه ورضي، فالصورة في هذه الحالة تكون في حقيقتها وكالة بدفع الدين وليست حوالة.

* * *

المطلب الثاني
اتفاق الدينين

اشترط أكثر الفقهاء أن يكون الدين المحال به مساوياً للدين الذي في ذمة المحال عليه: جنساً، وقدراً، وحلولاً وتأجيلاً.

وعليه: فلو كان لشخص على ثانٍ نقود، ولهذا الثاني على ثالث كمية من الحنطة معلومة، فالحوالة في هذه الحالة لا تصح لاختلاف الدينين جنساً، ولو كان لشخص على ثانٍ خمسة دنانير، ولهذا الثاني على ثالث ثلاثة أو العكس، فإن الحوالة في هذه الحالة لا تصح لاختلاف الدينين في المقدار، نعم قال بعض الفقهاء: إذا كان للمحيل على المحال عليه أكثر مما للمحال على المحيل: كأن يكون للمحيل خمسة وعليه للمحال ثلاثة، فإنه يجوز أن يحيل على ثلاثة مما في ذمة المحال عليه، وإنما الممنوع الإحالة بالثلاثة على الخمسة كلها. وهذا أمر حسن كما لا يخفى.

وكذلك إذا اختلف الدين حلولاً وتأجيلاً، فالحوالة لا تصح، نعم قال بعض الفقهاء: إذا كان المحال سينتفع من ذلك يجوز؛ وذلك كأن يكون لشخص على ثانٍ دين مؤجل، ولهذا الثاني على ثالث دين حال، فإن الحوالة في هذه الحالة تجوز ويكون الثاني قد عجل دينه للأول، وهذا أمر حسن أيضاً. وتوجد بعض خلافات وتفصيلات أخرى لا أطيل بذلك، وبما ذكرته كفاية.

* * *

المطلب الثالث

رضا المحيل

ذهب إلى اشتراط رضا المحيل جماهير الفقهاء، بل نقل بعض العلماء الإجماع على ذلك، لكن في نقل الإجماع نظر، وذلك لوجود رواية عند الحنفية تقول بعدم اشتراط رضاه، وقد رجحها بعض فقهائهم.

الأدلــة ومناقشتها

ظاهر السنة يؤيد ما ذهب إليه الجمهور، فقد صح عن رسول الله ﷺ أنه قال: «**مطل الغني ظلم، فإذا أتبع أحدكم على مليء فليتبع**» متفق عليه. وفي لفظ: «**وإذا أحلت على مليء فأتبعه**» رواه الترمذي، وابن ماجه[1].

وجه الدلالة: أن الحديث فيه إتباع وإحالة، وذلك لا يكون إلا من قبل المحيل وبرضاه، ثم إن على المدين سداد دينه من الجهة التي يرغب فيها؛ فلماذا يقسر على جهة معينة؟ وأيضاً فإن المدين قد يأنف من قيام غيره بسداد دينه عنه فبأي حق يرغم على أمر لا يريده، ثم إن ذلك قد يضرُّ به فقد يكون المدين تاجراً، فيظن من لا خبرة له بحاله أنه لا يوجد عنده ما يسدد به دينه لذلك بدأ يحيل على

(١) البخاري: ٤/ ٣٨١؛ مسلم: ١٠/٢٢٨؛ الترمذي: ٣/ ٦٠؛ ابن ماجه: ٢/ ٨٠٣.

ديونه لدى الآخرين، فتنعدم لذلك ثقة التجار الآخرين بمقدرته المالية، فلماذا نعرضه لأمر كهذا بدون رضاه مع ما فيه من ضرر عليه؟.

* * *

المطلب الرابع
رضا المحال

اختلف الفقهاء هنا على مذهبين:

المذهب الأول: اشترط رضاه لصحة الحوالة. وبهذا قال أبو حنيفة، ومالك، والشافعي، والإمامية.

المذهب الثاني: إذا كان المحال عليه مليئاً فلا يشترط رضا المحال، ويجب عليه القبول. وبذلك قال أحمد؛ وقد فسر المليء: بأنه المليء بماله وقوله وبدنه ونحو ذلك. وفسر الحنابلة قول أحمد هذا بأن يكون المحال عليه غير جاحد، ولا مماطل، قادر على السداد.

ولابد أن يكون المراد من القدرة هنا: القدرة المالية مع القدرة على التصرف؛ وذلك لأن القدرة المالية مع عدم القدرة على التصرف كَلَا قدرة، وعليه فالمحجور عليه لسفه أو صغر أو مرض؛ هؤلاء غير قادرين.

والذي يبدو لي: أن الغائب غيبة مخوفة غير قادر كذلك إلا إذا كان لديه وكيل مخول بالتصرف في مثل هذه الحالة، وعليه فإذا لم يكن المحال عليه مليئاً فإنه لا يجب على المحال القبول وإنما يشترط رضاه.

وبنحو قول أحمد قالت الظاهرية، فقد قال ابن حزم: «إذا كان المحال عليه يوفيه حقه من وقته ولا يمطله، ففرض على الذي أحيل أن يستحيل، ويجبر على ذلك».

وإلى هذا يميل كلام الصنعاني في (سبل السلام).

الأدلة ومناقشتها

احتج أصحاب المذهب الأول: بأن حق المحال في ذمة المحيل، وعليه فلابد من رضا المحال بالحوالة، لأن الذمم متفاوتة في حسن القضاء والمطل، فإجباره على ذلك إضرار به.

لكن يرد على هذا: أن الذي لم يشترط رضاه إنما قال ذلك في حال ما إذا كان المحال عليه مليئاً، وإذا رجعنا إلى ما ذكر في معنى المليء تبين لنا أن الضرر الذي يخاف منه على المحال غير موجود، لذلك فإن ظاهر الأمر في الحديث السابق يدل لما ذهب إليه الإمام أحمد ومن وافقه.

* * *

المطلب الخامس
رضا المحال عليه

اختلف الفقهاء في اشتراط رضاه على مذهبين:

المذهب الأول: يشترط رضا المحال عليه لصحة الحوالة، وبهذا قال أبو حنيفة والإمامية، وهو أحد وجهين عند الشافعية.

المذهب الثاني: لا يشترط رضاه، وهو مذهب الأكثرين من الفقهاء، وبه قال مالك وأحمد والظاهرية، وهو أصح الوجهين في مذهب الشافعي. إلا أن مالكاً استثنى ما إذا كان المحال عدوّاً له ففي هذه الحالة يشترط رضاه.

الأدلة ومناقشتها

احتج أصحاب المذهب الأول الذين اشترطوا رضا المحال عليه: بأن المحال عليه هو الذي يلزمه الدين، ولا لزوم إلا بالتزامه ولو كان مديناً للمحيل، لأن الناس يتفاوتون في الاقتضاء بين سهل ميسر وصعب معسر.

لكن يرد على هذا: أن المحال عليه لم يلتزم بدين جديد، وإنما هو حق عليه للمحيل، وللمحيل استيفاء حقه بنفسه أو بوكيله، وهنا قد أقام المحال مقام الوكيل عنه في استيفاء الدين. على أننا لو نظرنا في قوله ﷺ: «**ومن أحيل على مليء فليتبع**» لوجدنا فيه أمراً للمحال بقبول الحوالة، والأمر للوجوب، ومن ادعى حمله على الاستحباب فعليه الدليل. وما ادعي من ضرر يلحق المحال بذلك، فقد بينا عدم وجوده،وعليه: فإذا كان المحال مأموراً بقبول الحوالة، فإن هذا يتضمن أمراً بقبول المحال عليه، وإلا فكيف يؤمر المحال بالقبول؟ ثم إن المحال عليه لا يلحقه ضرر من الحوالة، لأنها لا ترتب عليه حقّاً جديداً: فالدين إذا كان مؤجلاً سيبقى على حاله حتى يحين موعد سداده، وإذا أعسر قبل موعد سداد الدين أمر المحال بأن ينظره إلى ميسرة. أما إذا كان موسراً فإنه لا يضره من الذي سيقبض الدين منه إلا إذا كان يريد المماطلة. **خلاصة الأمر**: أن الحوالة لم ترتب عليه ديناً جديداً ولم تلحق به أي ضرر، لذلك فإن ظاهر السنة أيضاً يؤيد ما ذهب إليه أحمد ومن وافقه.



المبحث الثاني
الأثر المترتب على الحوالة

قبل تفصيل الموضوع **أقول**: إذا تمت الحوالة بغير رضا المحال، على مذهب من لم يشترط رضاه، وهم أحمد ومن وافقه، ثم تبين أن المحال عليه ليس بمليء؛ فإن للمحال في هذه الحالة حق الرجوع على المحيل، وذلك لأنهم لم يلزموه قبول الحوالة إلا على هذا الشرط، بل قالت الظاهرية: إذا غره المحيل، وأحاله على غير مليء: علم المحيل بذلك أو لم يعلم، فالحوالة باطلة.

إذا عرفنا هذا أفصل الموضوع، **فأقول**:

إذا تمت الحوالة برضا المحال مستوفية لشروطها، فهل يبرأ المحيل بذلك من الدين، أو تبقى ذمته مشغولة به حتى يستوفي المحال حقه من المحال عليه؟.

هنا اختلف الفقهاء على خمسة مذاهب:

المذهب الأول: قال بعض الفقهاء: لا يبرأ المحيل وإنما الحوالة عقد توثق كالكفالة. وعليه فللمحال مطالبة المحيل والمحال عليه معاً، كما يطالب صاحب الحق في الكفالة: المدين والكفيل. وممن قال بذلك زفر صاحب أبي حنيفة.

المذهب الثاني: قالت الظاهرية: يبرأ المحيل، ما دام قد أحال على مليء، ولا حقَّ للمحال بالرجوع، سواء أعسر المليء بعد ذلك أو لم يعسر، اقتضى حقه منه أم لا؛ فإن تبين أنه قد أحيل على غير مليء بطلت الحوالة.

المذهب الثالث: قال الشافعي: متى تمت الحوالة برضا المحال برئ المحيل، ولا يحق للمحال الرجوع عليه بعد ذلك، سواء أمكنه استيفاء حقه أو تعذر ذلك عليه لمطل المحال عليه أو فلسه أو موته أو ما سوى ذلك، وسواء علم حاله عند الحوالة أو لا، وهذا هو الصحيح من مذهب أحمد، وعنه رواية أخرى ستأتي. لكن هذا فيما إذا لم يشترط المحال عند الحوالة ملاءة المحال عليه، فإن اشترط الملاءة فبان معسراً؟ هنا قال أحمد: له الرجوع، وهو وجه للشافعية، والوجه الآخر وهو الصحيح في المذهب: ليس له الرجوع ولو اشترط اليسار.

المذهب الرابع: قال أبو حنيفة: يرجع المحيل على المحال عليه إذا هلك حقه، وهلاك الحق عنده يكون بموت المحال عليه مفلساً، أو جحوده الحوالة ويحلف على ذلك ولا بينة، وأضاف صاحباه إلى ذلك: حكم الحاكم بإفلاسه.

المذهب الخامس: قال مالك: يبرأ المحيل ولا يحق للمحال الرجوع ولو أفلس المحال عليه بعد الحوالة، إلا إذا كان المحال عليه وقت الحوالة مفلساً وجهل المحال ذلك، فإن له في هذه الحالة حق الرجوع على المحيل. وبهذا قال الإمامية، وأحمد في رواية.

وزاد مالك على ذلك: أنه إذا اشترط المحال الرجوع عند إفلاس المحال عليه كان له ذلك(١).

والذي يترجح من ذلك ما تؤيده السنة، ويتبين ذلك مما يلي:

---

(١) انظر: شرح الدردير: ٣/ ٣٢٥ وما بعدها؛ القوانين الفقهية، ص ٢٨٠؛ الهداية مع فتح القدير: ٥/ ٤٤٤ وما بعدها؛ بدائع الصنائع: ٦/ ١٥ وما بعدها؛ مجمع الأنهر: ٢/ ١٤٦ وما بعدها؛ الاختيار: ٣/ ٤ وما بعدها؛ مغني المحتاج: ٢/ ١٩٣ وما بعدها؛ فتح الباري: ٥/ ٣٨٠ وما بعدها؛ المغني: ٥/ ٥٤ وما بعدها، الفقه على المذاهب الأربعة: ٣/ ٢٨٧ وما بعدها؛ المحلى: ٨/ ١٠٨ وما بعدها؛ نيل الأوطار: ٥/ ٢٦٦؛ سبل السلام: ٣/ ٦١؛ شرائع الإسلام: ٢/ ١١٢ وما بعدها.

فقد صح أنه ﷺ قال: «**من أحيل على مليء فليتبع**».

فهذا أمر من الشارع للمحال بالتحول على المحال عليه، وهذا الأمر لابد له من أسباب، **يبدو لي منها**: أن المحيل إنما يريد بالحوالة تخليص ذمته، ولا يجوز لأحد الحيلولة بينه وبين ذلك بدون ما ضرر يلحق به، ثم هو أيضاً من حسن الاقتضاء، وهذا هو الآخر مأمور به شرعاً، إذا عرفنا ذلك فإن الشارع قد نص أيضاً على أنه: «**لا ضرر ولا ضرار**»، ومحال أن ينهى عن الضرر ثم يأمر به، لذلك نراه اعتبر الملاءة في المحال عليه قبل أن يوجه الأمر إلى المحال، ولابد أن يكون المراد بالمليء هو المعنى الذي ذكره الإمام أحمد، وذلك لأن عدم قدرة المحال عليه على السداد يعرض حق المحال للضياع، وجحوده يحتاج إلى إثبات الحق عليه وقد لا توجد وسيلة لذلك، ومماطلته يحتاج معها لاستخلاص الحق منه إلى مخاصمة وتقاضٍ، وإلقاء تبعة ذلك على المحال دون تصرف منه يلزمه بذلك فيه إضرار به، ومحال أن يصدر ذلك من قبل الشارع؛ إذن فملاءة المحال وسلامة ذمته وحسن قضائه للحق الذي عليه كل ذلك قد أخذه الشارع بنظر الاعتبار وهو يشرع عقد الحوالة، ضماناً لحق المحال ودفعاً للضرر عنه.

إذا عرفنا هذا نذكر التفصيل التالي ونقول:

المحال إذا كان عالماً عند العقد بأن المحال عليه غير مليء، فالعقد في هذه الحالة قد تم ولزم، وبرئ المحيل من الدين، ولا حق للمحال في الرجوع عليه بعد ذلك، وإنما أصبح حقه لدى المحال عليه فليتبعه ويستخلص حقه منه، وذلك لأنه مع علمه بعدم ملاءة المحال عليه لم يكن ملزماً بالقبول، فإذا كان مع ذلك قد التزم فعليه الوفاء بما التزم به، وذلك لقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ﴾ [المائدة: ١].

أما إذا كان المحال غير عالم بعدم ملاءة المحال عليه، فإنه في هذه الحالة مخير عند علمه بين إمضاء العقد ثم لا رجوع له بعد ذلك، وبين فسخه فيرجع على المحيل، ولا فرق في ذلك بين أن يكون قد اشترط ذلك

في العقد أم لا، وبين ما إذا كان رضي بالحوالة من تلقاء نفسه أو ألزم بها تنفيذاً لأمر الشارع، وذلك لما قلنا: من أن الشارع قد اعتبر ملاءة المحال عليه في عقد الحوالة، وما يعتبره الشارع لا يحتاج إلى اشتراط.

ثم إني لا أكاد أفهم معنى لتفريق الإمام أحمد في هذه الحالة بين ما إذا ألزم المحال بالحوالة فقد أجاز له فسخ العقد، وبين ما إذا رضي من تلقاء نفسه فلم يجز له الفسخ على الصحيح من مذهبه، وذلك لأن من بادر إلى تنفيذ أمر الشارع من تلقاء نفسه أراه أحق وأولى بالرعاية ممن أرغم على ذلك إرغاماً، وهذا أمر واضح لا يخفى، ثم لا داعي للقول بفساد العقد بمجرد ظهور عدم ملاءة المحال عليه كما يقول الظاهرية، وذلك لأن الشارع إنما اعتبر ذلك لمصلحة المحال، ويكفي هنا إعطاؤه الخيار: فإن أراد الفسخ فعل، وإذا أمضى العقد فهذا يعني أنه قد رأى المصلحة في استمرار العقد فلا نجبره على الفسخ؛ وذلك لأن تصحيح العقد ما أمكن ذلك أولى من الحكم ببطلانه، والمصلحة كما تكون دنيوية قد تكون أخروية؛ فقد يختار المحال استمرار العقد مع علمه بإعسار المحال عليه طلباً لثواب الله تعالى المترتب على إنظار المعسر؛ فلماذا نحرمه من ذلك؟!.

ثم إننا كما لاحظنا عدم الإضرار بالمحال فلا بدّ أيضاً من ملاحظة عدم الإضرار بالمحيل، وعليه: فإذا كان المحال عليه مليئاً عند العقد، وكان الدين حالاً، ولم يبادر المحال المبادرة المعتادة إلى اقتضاء حقه حتى أعسر المحال عليه، فإنه لا حق له في هذه الحالة في الرجوع على المحيل، وذلك لأننا لو أعطيناه هنا هذا الحق فمعنى ذلك أننا قد حملنا المحيل تبعة ضرر لم يتسبب هو به، وإنما تسبب به المحال، وهذا لا يرتضيه عدل الشارع.

وكذلك إذا كان الدين مؤجلاً والمحال عليه مليئاً عند العقد فالذي أراه هنا أيضاً: لزوم العقد، ويبرأ المحيل من الدين.

فإن قيل: الدين في هذه الصورة مؤجل، وقد يعسر المحال عليه في الفترة الواقعة ما بين العقد وبين حلول الدين، فإذا حصل هذا ألحق بالمحال الضرر.

قلت: نعم، لكن هذا مجرد احتمال، يقابله احتمال آخر مساوٍ له لو لم يتم عقد الحوالة، وذلك هو احتمال إعسار المحيل، ولو علقت العقود على مثل هذا لما تم عقد تجاري، فأي عقد من عقود المعاوضات خالٍ من احتمال الضرر؟ على أنه توجد لدى الفقهاء مخارج عدة نعرضها فيما يلي:

قال المالكية: يجوز للمحال أن يشترط على المحيل الرجوع عليه إذا أعسر المحال عليه[١].

وقال الحنفية: للمحال اشتراط الضمان على المحيل[٢].

وقال بعض الشافعية: يجوز للمحال أن يشترط رهناً أو ضامناً[٣].

فإذا سلك المحال مخرجاً أو أكثر من هذه المخارج فإن الحوالة في هذه الحالة تكون قد أفادته ووثقت سداد دينه كما هو واضح.

بقي أن نعرف صورة لم نتعرض لذكرها؛ وهي: ما إذا كان المحال هو الذي طلب الحوالة ووافقه المحيل على ذلك، أو طلب ذلك المحال عليه من المحال واتفقا عليه، ثم عرضا الأمر على المحيل فوافقهم على ذلك، ففي كل هذه الأحوال تبرأ ذمة المحيل بتمام العقد، ولا يحق للمحال الرجوع عليه بعد ذلك سواء كان المحال عليه مليئاً أو غير مليء، لأن الحوالة هنا قد تمت بمحض اختيار المحال وبطلب منه، فعليه هو أن يتحمل تبعة هذا العقد، وقد جاء في هذا أثر عن الصحابة، فعن سعيد بن المسيب: «أنه كان لأبيه المسيب على إنسان ألفا درهم، ولرجل على علي بن أبي طالب ألفا درهم، فقال ذلك الرجل للمسيب: أنا أحيلك على علي وأحلني

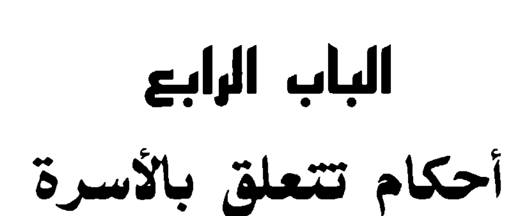
(١) المنتقى شرح الموطأ: ٥/ ٦٧.
(٢) المنتقى شرح ملتقى الأبحر: ٢/ ١٤٩.
(٣) مغني المحتاج: ٢/ ١٩٥.

أنت على فلان، ففعلا، فانتصف المسيب من علي، وتلف مال الذي أحاله المسيب عليه، فأخبر المسيب بذلك علي بن أبي طالب، فقال له علي: أبعده الله»[١]

❑❑❑

---

(١) المحلى: ٨/ ١٠٩.



الباب الرابع

أحكام تتعلق بالأسرة

الفصل الأول: أحكام تتعلق بالزواج والطلاق.

الفصل الثاني: أحكام تتعلق بالتفريق القضائي.

الفصل الثالث: بعض ما يتعلق بالرضاع.

الفصل الرابع: أحكام تتعلق بالميراث.

* * *

تمهيد

الأحكام المتعلقة بالزواج وطرق إنهائه والمواريث، وما يتبع ذلك من الأحكام المتعلقة بالأسرة كثيرة جدّاً ومتشعبة درسها الطلبة في مرحلة سابقة، وقد اختار منهج الكلية للدراسة المقارنة في هذه المرحلة الموضوعات التالية:

١ ـ الشهادة في الزواج والطلاق، وحكم ولاية المرأة في الزواج، وحكم نكاح المتعة.

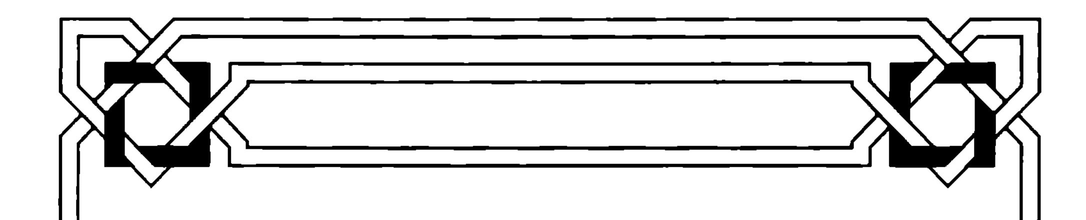
٢ ـ التفريق للإعسار والغيبة.

٣ ـ المقدار المحرم من الرضاع.

٤ ـ التعصيب والعول.

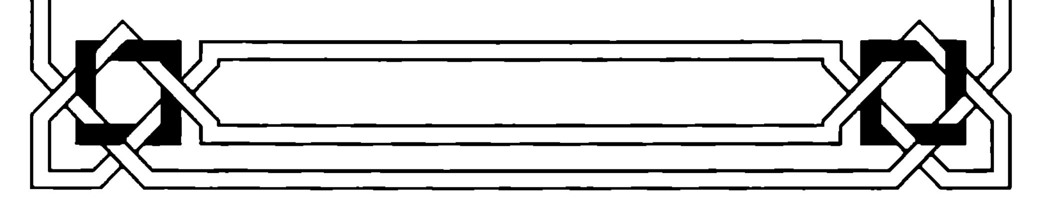
وسأفرد كل موضوع من هذه المواضيع بفصل مستقل، لذلك فإن هذا الباب سيتضمن أربعة فصول:

❑ ❑ ❑



الفَصْلُ الأَوَّلُ

أحكام تتعلق بالزواج والطلاق



تمهيد

سبقت الإشارة إلى أن هذا الفصل يتضمن الأحكام التالية:

١ ـ حكم الشهادة في كل من الزواج والطلاق.

٢ ـ ولاية المرأة في الزواج.

٣ ـ نكاح المتعة.

لذلك فإني سأقسم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث:

❑ ❑ ❑

المبحث الأول
حكم الشهادة في الزواج والطلاق

خلاف الفقهاء في حكم الشهادة على الزواج يختلف عن خلافهم في حكم الشهادة على الطلاق، كما أن الأدلة المتعلقة بكل منهما مختلفة، لذلك فإني سأتناول الكلام عنهما في مطلبين مستقلين:

* * *

المطلب الأول
حكم الشهادة في الزواج

هل الشهادة من شرائط صحة النكاح؟.

اختلف الفقهاء هنا على ثلاثة مذاهب:

المذهب الأول: لا تشترط. وبذلك قال الإمامية.

المذهب الثاني: تشترط ولا يصح النكاح بدون شهود. وهذا مذهب جمهور الفقهاء، إلا أنهم اختلفوا في اشتراط مقارنة الشهادة للعقد: فقال الأكثرون: يشترط مقارنة الشهادة للعقد. وبهذا قال أبو حنيفة، والشافعي، والزيدية، وأحمد في المشهور عنه.

وقال مالك: يجوز تأخر الشهادة عن العقد؛ وعليه فلو تم العقد بدون شهادة ثم أقر به المتعاقدان أمام شهود كفى ذلك، لكن يجب أن يكون هذا قبل الدخول، فإن لم يشهدوا حتى حصل الدخول انفسخ النكاح ووجب الحد إذا أقرا بالدخول أو ثبت بشهادة أربعة شهود، لكن لو أعلن النكاح

بوليمة أو نحو ذلك فإن الحد في هذه الحالة يدرأ. هذا مذهب مالك كما ذكرته كتب المالكية، ولا يغرنك ما ذكرته كتب غيرهم: من عدم اشتراط الشهادة لصحة النكاح عند مالك، وأن الإعلان يغني عنها، فالإعلان يدرأ الحد فقط، أما صحة النكاح فلا بد فيه من الشهادة، لكن لا تشترط مقارنتها للعقد كما ذكرت.

المذهب الثالث: لا يصح عقد النكاح إلا بشهادة أو إعلان عام. بذلك قالت الظاهرية، ونسب ابن قدامة هذا المذهب إلى بعض فقهاء الصحابة والتابعين من بعدهم، منهم: الحسن السبط، وابن عمر، وابن الزبير، وسالم، والزهري، وعبد الرحمن بن مهدي، ويزيد بن هارون، وابن المنذر، وهو رواية عن أحمد.

بينما جعل الباجي مذهبهم مثل مذهب مالك الذي سبق ذكره.

والذي يبدو لي: أن نقل الباجي عمن نقل عنه ذلك من الصحابة والتابعين أدق؛ لأنه موافق لما نقله الترمذي عنهم، والترمذي إمام عظيم في الحديث ونقل الخلاف، وقد قال: «أهل العلم من أصحاب رسول الله ﷺ ومن بعدهم من التابعين وغيرهم قالوا: لا نكاح إلا بشهود، لم يختلف في ذلك من مضى منهم، إلا قوماً من المتأخرين من أهل العلم، وإنما اختلف أهل العلم في هذا إذا شهدوا واحداً بعد واحد، فقال أكثر أهل العلم من أهل الكوفة وغيرهم: لا يجوز النكاح حتى يشهد الشاهدان معاً عند عقد النكاح؛ وقد رأى بعض أهل المدينة: إذا شهد واحد بعد واحد فإنه جائز إذا أعلنوا ذلك، وهو قول مالك بن أنس وغيره»[1].

فهذا الترمذي يبين: أنه لا خلاف بين من مضى من السلف في اشتراط الشهادة، وإنما الخلاف في اشتراط مقارنتها للعقد.

إذا عرفنا هذا: فإن الجمهور قد اختلفوا في بعض أمور تتعلق بالشهود وبالشهادة في النكاح، وهي ما يلي:

---

(١) سنن الترمذي: ٣/ ٤١٢.

أ ـ لم يقبل الأكثرون شهادة النساء في النكاح، وإنما اشترطوا شاهدين فأكثر من الرجال، وممن قال بذلك: مالك، والشافعي، وأحمد في أصح الروايتين عنه، وبعض الزيدية.

وقال أبو حنيفة وغالبية الزيدية: يكفي رجل وامرأتان، وهو رواية عن أحمد. وقالت الظاهرية: لا فرق في الشهادة بين أن يشهد رجلان، أو رجل وامرأتان، أو أربع نسوة.

ب ـ اشتراط العدالة في الشهود، فهذه قد اختلفوا فيها:

فقال باشتراطها مالك، والظاهرية، والشافعي في قول؛ إلا أن مالكاً قال: إذا لم يوجد العدول اكتفي بمستوري الحال، أي: الذين لم يظهر عليهم فسق، أو ليستكثر من الشهود.

وقال الشافعي في صحيح مذهبه، وأحمد في رواية، وغالبية الزيدية: يكفي في الشهود أن يكونوا مستوري الحال.

ج ـ لو اتفق العاقد مع الشهود على الكتمان وجعل النكاح سرّاً، فهل يصح العقد مع ذلك؟ هنا اختلف الفقهاء أيضاً:

فقال أبو حنيفة، والشافعي، وأحمد، والظاهرية: لا يضر ذلك بصحة العقد.

وقال مالك، وبعض الحنابلة، وروي عن أحمد: أن ذلك يؤثر، فإذا حصل مثل هذا الاتفاق بطل العقد.

هذا رأي الجمهور قد أتيتُ عليه بشيء من التفصيل.

الأدلة ومناقشتها

المذهب الأول القائل بعدم اشتراط الشهادة لصحة النكاح، وأن العقد سرّاً والاتفاق على الكتمان لا يبطله[1]. هذا لا أعلم له حجة إلا أن يقول:

(١) انظر هذا المذهب وتفصيل المذاهب السابقة في: فتح القدير: ٢/ ٣٥٢؛ المنتقى شرح الموطأ: ٣/ ٣١٢؛ الدردير مع الدسوقي: ٢/ ٢١٦؛ القوانين الفقهية، ص ١٦٩؛ حاشية

إن الآيات الواردة في شأن النكاح قد جاءت مطلقة، وإن اشتراط الشهادة يعتبر زيادة على النص، والزيادة على النص القرآني لا يجوز إلا بمتواتر، ولا يوجد دليل متواتر لاشتراط الشهادة، وكذلك الأمر بالنسبة لإعلان النكاح.

لكن هذا يرد عليه: أن القول بعدم جواز الزيادة على ما ورد في الكتاب إلا بمتواتر لم يرتضه جمهور العلماء. على أني قد نقلت لك عن الترمذي فيما سبق: اتفاق الصحابة والتابعين على اشتراط الشهادة.

أما بالنسبة للمذاهب الأخرى فإني أسوق لك عدة أحاديث، ومنها يتبين لك المذهب الراجح؛ منها:

أ ـ صح عن أم المؤمنين عائشة: أنها قالت: قال رسول الله ﷺ: «**لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل، وما كان من نكاح على غير ذلك فهو باطل**» رواه ابن حبان وقال: لا يصح في ذكر الشاهدين غير ذلك، ورواه ابن حزم بإسناده بلفظ: «**أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها وشاهدي عدل فنكاحها باطل**»، وقال: لا يصح في هذا الباب شيء غير هذا الإسناد.

وللحديث طرق أخرى غير هذه فيها كلام: عن ابن عباس، وأبي هريرة، وجابر، وعمران بن الحصين. وهذه تعضد الطرق الصحيحة الأخرى[1].

ب ـ وروى الترمذي من طريق عبد الأعلى بإسناده إلى ابن عباس: أن رسول الله ﷺ قال: «**البغايا اللائي ينكحن أنفسهن بغير بينة**».

العدوي: ٢/ ٣٥؛ مغني المحتاج: ٢/ ١٤٥؛ المغني: ٧/ ٣٣٩ وما بعدها؛ المحلى: ٩/ ٤٦٥؛ البحر الزخار: ٤/ ٢٧؛ شرائع الإسلام: ٢/ ٢٧٤.

(١) المحلى: الصفحة السابقة؛ نصب الراية: ٣/ ١٦٧؛ وانظر: مجمع الزوائد: ٤/ ٣٨٦؛ سنن الدارقطني: ٣/ ٢٢٢؛ التلخيص: ٣/ ١٥٦ و١٦٢؛ نيل الأوطار: ٦/ ١٤٢.

لكن عبد الأعلى يرويه مرفوعاً مرة، وموقوفاً على ابن عباس مرة أخرى، ورواه غيره موقوفاً، وقد صحح الترمذي وقفه.

لكن قال المجد بن تيمية: هذا لا يقدح؛ لأن عبد الأعلى ثقة، فيقبل رفعه وزيادته، وقد يرفع الراوي الحديث وقد يقفه[١].

ج ـ وعن محمد بن حاطب قال: قال رسول الله ﷺ: «**فصل ما بين الحلال والحرام الدف والصوت في النكاح**».

رواه ابن ماجه والترمذي، وقال: حديث حسن، وأخرجه الحاكم وصححه، وأقره الذهبي على ذلك[٢].

د ـ وعن عبد الله بن الزبير: أن النبي ﷺ قال: «**أعلنوا النكاح**» رواه الحاكم وصححه وأقره الذهبي، وجاء هذا الحديث عن أم المؤمنين عائشة بلفظ: أنه ﷺ قال: «**أعلنوا النكاح، واجعلوه في المساجد، واضربوا عليه بالغربال**» رواه ابن ماجه والترمذي وحسنه، واللفظ للترمذي[٣].

هـ ـ وعن أبي هريرة: «أن النبي ﷺ نهى عن نكاح السر» قال الهيثمي: رواه الطبراني في الأوسط عن محمد بن عبد الصمد بن أبي الجراح، ولم يتكلم فيه أحد، وبقية رجاله ثقات[٤].

فهذه كلها أحاديث ثابتة جيدة الأسانيد، وقد دلت على ما يلي:

أولاً: دل الحديثان الأول والثاني: على أن شهادة العدول شرط في صحة النكاح.

ثانياً: أما الأحاديث الباقية فهي مصرحة بأمره ﷺ بإعلان النكاح ونهيه عن الإسرار به، بل جعل الفاصل ما بين الحلال والحرام إعلان النكاح،

---

(١) الترمذي: ٣/ ٤١١؛ وانظر: نيل الأوطار: الصفحة السابقة.

(٢) سنن الترمذي: ٣/ ٣٩٨؛ ابن ماجه: ١/ ٦١١؛ المستدرك مع تلخيصه: ٢/ ١٨٤.

(٣) المصادر السابقة.

(٤) مجمع الزوائد: ٤/ ٢٨٥.

وهذا يدل على أن اتفاق العاقدين مع الشهود على الإسرار والكتمان في النكاح، أمر غير جائز، لأنه مخالف لأمر الرسول ﷺ؛ لذا فظاهر السنة تدل على: أن النكاح إذا كان بغير شهود، أو كان بشهود واتفقوا على كتمانه كان باطلاً.

* * *

المطلب الثاني
الشهادة على الطلاق

ذهب جماهير الفقهاء إلى القول بأن الإشهاد على الطلاق ليس بواجب، وادعى بعض العلماء الإجماع على وقوع الطلاق بدون بينة، أي: أن الطلاق متى صدر مستوفياً شروطه وقع: سواء كان بحضرة شهود أم لا[١].

لكن في المسألة بعض خلاف:

فقد قال ابن حزم بوجوب الإشهاد على الطلاق والرجعة، وكلامه صريح في أن الرجعة بدون إشهاد لا تصح، أما بالنسبة للطلاق فإن كلامه فيه شيء من عدم الوضوح؛ فيفهم منه في موضع أنه لا يصح من غير إشهاد، بينما يفهم منه في موضع آخر أنه يصح بدون شهادة، فقد قال:

«ومن تيقنت امرأته أنه طلقها ثلاثاً أو آخر ثلاث، أو دون ثلاث ولم يشهد على مراجعته إياها حتى تمت عدتها، ثم أمسكها متعدياً، ففرض عليها؛ أن تهرب عنه إن لم تكن لها بينة؛ فإن أكرهها فلها قتله دفاعاً عن نفسها»[٢].

فهنا كما هو واضح قد اعتد بالطلاق الذي ليس للزوجة بينة عليه بدليل: أنه أمر الزوجة بالهرب إن أمسكها الزوج متعدياً، فإن لم تقدر على

---

(١) أحكام القرآن للجصاص: ٣/ ٤٥٦.

(٢) المحلى: ١٠/ ٢١٨ و٢٥١.

الهرب فلها قتله، اللهم إلا إذا قصد من ذلك: أن الطلاق قد أوقع أمام بينة، لكن الزوجة لا تستطيع إقامتها لهلاك الشهود أو نحو ذلك، فهذا أمر محتمل، كما أنه يحتمل أنه يقول بوجوب الشهادة لكن لا على أنها شرط، بمعنى: أن من طلق بدون شهادة فطلاقه واقع لكنه آثم لعدم الإشهاد.

وقالت الإمامية: لابد من حضور شاهدين، وسماعهما التلفظ بالطلاق شرط لصحته؛ فلو تجرد الطلاق عن الشهادة لم يقع، ولو كملت بقية الشروط[1].

وأساس الاختلاف هنا، هو اختلافهم في فهم قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِىُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا۟ ٱلْعِدَّةَ﴾ [الطلاق: ١] إلى أن قال: ﴿فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا۟ ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ [الطلاق: ٢].

فهذه الآيات الكريمات تتحدث عن كيفية إيقاع الطلاق، وعن إحصاء العدة، وأن العدة إذا قاربت الانتهاء فإما مراجعة وإمساك بمعروف، أو مفارقة بالمعروف، وبعد ذلك كله يقول تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا۟ ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ وهذا أمر من الشارع بالإشهاد، وقد اختلف فيه الفقهاء من وجوه عدة:

فهل الأمر بالإشهاد متعلق بالرجعة فقط، أو بها وبالطلاق؟.

ثم هل الأمر على سبيل الاستحباب والإرشاد، بحيث لا يؤدي ترك الإشهاد إلى إثم كما أنه لا يؤدي إلى سقوط أثر إيقاع الطلاق والرجعة، أو الأمر على سبيل الوجوب؟.

ثم إذا كان الأمر على سبيل الوجوب فهل يستلزم اشتراط الشهادة بحيث إن تركها يؤدي إلى إلغاء أثر الطلاق والرجعة، أو لا يستلزم الاشتراط، وحينئذ فلا يؤدي تركها إلى إلغاء الأثر وإنما يستلزم الإثم فقط؟.

---

(١) شرائع الإسلام: ٣/ ٢١.

وعلى ذلك: فمن جعل الأمر متعلقاً بالرجعة، أوجب الإشهاد في الرجعة فقط، وذلك لأنها استئناف للنكاح بعد قطعه بالطلاق، فكان شبيهاً بابتدائه، والابتداء لابد فيه من إشهاد؛ فكذلك الاستئناف بعد القطع، وبهذا قال الشافعي في أحد قوليه، وأحمد في إحدى الروايتين، بينما جعله آخرون متعلِّقاً بالرجعة والطلاق معاً، ثم حمله بعضهم على الوجوب كما هو رأي الظاهرية بالنسبة للطلاق والرجعة معاً، على نحو ما سبق ذكره، وكما هو رأي المالكية بالنسبة للطلاق فقط، أما الرجعة فيستحب الإشهاد عليها عندهم ولا يجب، بينما حمله البعض على الاستحباب فيهما معاً، وبه قال أبو حنيفة، ومالك، وهو قول للشافعي، ورواية عن أحمد، كما حملوا الأمر في قوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوٓاْ إِذَا تَبَايَعْتُمْ﴾ [البقرة: ٢٨٢]، وذلك لأنه ﷺ ابتاع بدون أن يشهد، كما جاء ذلك في قصة شرائه الفرس من الأعرابي، وإنكار الإعرابي البيع، في حديث خزيمة بن ثابت، وقد رواه الحاكم بإسناد صحيح على شرط الشيخين[١].

وحيث قد ابتاع الرسول ﷺ من الأعرابي بدون أن يشهد فإن ذلك يدل على أن الأمر بالإشهاد في آية البيع ليس للوجوب، فالأمر بالإشهاد هنا في آية الطلاق مثله.

فإن قلت: هب أن الأمر في آية البيع للاستحباب؛ فكيف يفعل الرسول ﷺ خلاف المستحب؟.

قلت: من المعلوم أنه ﷺ قد يفعل خلاف الأولى ويثاب عليه، لأنه يفعل ذلك ليبين عدم الوجوب، وليبين عمليّاً ما يترتب على مخالفة أمر الشارع، فإذا كان البائع قد أنكر البيع مع أن المشتري رسول الله ﷺ فمعنى هذا أنه يمكن أن يحصل الإنكار مع غيره من باب أولى.

فإن قيل: فهلا جعلت الحكم كذلك بالنسبة للإشهاد على النكاح؟.

---

(١) المستدرك: ٢/١٨.

قلت: كلا، فالأحاديث صريحة في أن عدم الإشهاد فيه يؤدي إلى بطلانه.

والذي يبدو لي: أن الأمر بالإشهاد هنا متعلق بالرجعة، ويدل لذلك ما صح أنه ﷺ تزوج ابنة الجون، فلما أدخلت عليه، ودنا منها قالت: أعوذ بالله منك، فقال لها: «**لقد عذت بعظيم، الحقي بأهلك**» رواه البخاري(١).

فهذا رسول الله ﷺ يقول لها: «**الحقي بأهلك**» قاصداً بذلك طلاقها، ولا أظن أحداً يدعي بأن الرسول ﷺ قد قال ذلك أمام شهود.

وأيضاً: فقد روى عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده: أن رسول الله ﷺ قال: «**إذا ادعت المرأة طلاق زوجها، فجاءت على ذلك بشاهد عدل، استحلف زوجها، فإن طلق بطلت شهادة الشاهد، وإن نكل فنكوله بمنزلة شاهد آخر وجاز طلاقه**» رواه ابن ماجه، وقال الهيثمي: إسناده صحيح ورجاله ثقات(٢).

فهذا دليل صريح على أن وقوع الطلاق لا يحتاج إلى شاهدي عدل، فهذا حكم الرسول ﷺ في طلاق ينكره الزوج، وتدعيه الزوجة، وليس لها على دعواها إلا شاهد واحد، فلو كان الطلاق لا يقع إلا بحضور شاهدين لكان حكم الرسول ﷺ فيه: أن هذا الطلاق غير واقع ولو صدقت الزوجة في دعواها، لأنه لم يحضره شاهدان، وحيث لم يحكم ﷺ بذلك فقد دلنا هذا على أن الشهادة ليست بشرط في صحة وقوع الطلاق، لكن إذا جرى فيه التجاحد وأقيمت الدعوى، فهنا يرجع به إلى وسائل الإثبات المتعلقة به والمبينة في مواضعها من كتب الفقه.

وهب أننا قلنا بأن الأمر بالإشهاد في الآية متعلق بكل من الطلاق والرجعة، فإن مجرد الأمر لا يستلزم جعل الأمور به شرطاً، سواء قلنا بأن

---

(١) البخاري هامش الفتح: ٩/ ٣١١.

(٢) ابن ماجه: ١/ ٦٥٧.

الأمر للوجوب أو للندب، فهؤلاء الظاهرية يوجبون الشهادة في البيع، لقوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوٓاْ إِذَا تَبَايَعْتُمْ﴾ [البقرة: ٢٨٢]، ومع ذلك فهم لا يجعلون الشهادة شرطاً لصحة العقد، وهؤلاء الإمامية لا يشترطون الشهادة في شيء من العقود إلا في الطلاق، وقالوا باستحبابها في البيع مع الأمر بها في الآية السابقة، وقالوا باستحبابها في الرجعة مع أنه تعالى يقول: ﴿وَأَشْهِدُواْ ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ [الطلاق: ٢] وتعلق الأمر بالرجعة أولى من تعلقة بالطلاق. لأن الأمر بالشهادة جاء متصلاً بالكلام عن الرجعة، بينما يوجد فاصل طويل بينه وبين الكلام عن الطلاق.

لذلك فالراجح على ما يبدو: أن الإشهاد ليس بشرط لصحة الطلاق. لكنه مأمور به شرعاً على سبيل الوجوب أو الندب عند الطلاق ونحوه من التصرفات والعقود التي قد يحدث نزاع بشأنها.

❑ ❑ ❑

المبحث الثاني
ولاية المرأة في الزواج

أعني بذلك ما يعبر عنه بعض الفقهاء بقولهم: انعقاد النكاح بعبارة النساء.

فأقول: لا أعلم خلافاً بين الفقهاء في أن المرأة الحرة البالغة الرشيدة لها ـ باستثناء عقد النكاح ـ أن تلي جميع العقود بنفسها، وتوكل فيها من تشاء.

كما أننا لا نعلم خلافاً في أن الولي الشرعي إذا باشر عقد النكاح بإذن المرأة فإن النكاح صحيح.

ولكنهم اختلفوا فيما إذا باشرت المرأة عقد النكاح بنفسها كما يلي:

١ ـ فالصحيح من مذهب أبي حنيفة وبه أخذ غالبية أصحابه: أن عبارة المرأة في النكاح معتبرة، فلها أن تزوج نفسها وتزوج غيرها.

وبهذا قالت الإمامية، لكن قال أبو حنيفة: إذا زوجت نفسها من غير كفء، كان للولي حق الاعتراض.

٢ ـ وهناك رواية أخرى عن أبي حنيفة: أنها إن زوجت نفسها من كفء صح نكاحها، وإلا فلا، واختاره بعض الحنفية للفتوى.

٣ ـ والصحيح من مذهب محمد بن الحسن: أن عقدها يصح موقوفاً على إجازة الولي، وهو قول مخرج في مذهب أحمد.

٤ ـ وذهب جمهور العلماء إلى: أن المرأة لا تلي عقد النكاح لا عن نفسها ولا عن غيرها، وإنما ينوب عنها الولي.

والولي: هو العصبة، كالأب والجد والأخ والعم، الأقرب فالأقرب، فإن لم يكن لها ولي من النسب أو كان فعضل فالولي في هذه الحالة السلطان أو من ينوب عنه من قاضٍ ونحوه.

وقال ابن المنذر ـ على ما نقله الشوكاني عنه ـ: لا يصح خلاف ذلك عن أحد من الصحابة.

وبهذا قال مالك، والشافعي، وأحمد، والزيدية، وهو رواية عن أبي يوسف.

وقد نسب الصنعاني إلى مالك وغيره: القول بأنه يجوز أن تزوج الدنية نفسها دون الشريفة.

ولا أعلم هذا مذهباً لمالك، وإنما قال مالك ذلك في مسألة أخرى حاصلها: أن المرأة إذا جعلت نكاحها إلى أحد من المسلمين ليس بقريب ولا حاكم فزوجها؛ فهل يصح ذلك أم لا؟.

عن مالك روايتان: الأولى: لا يصح، والثانية: تقول: إن فعلت ذلك مع وجود ولي مجبر ـ وهو الأب بالنسبة للبكر ـ لا يصح، أما إذا فعلت ذلك مع وجود ولي غير مجبر فهنا قال: إن كانت دنية صح النكاح، وإن كانت شريفة فنكاحها موقوف على إذن الولي.

والمقصود بالشريفة: من يرغب في مثلها لنسب أو مال أو جمال، والدنية عكسها. فهذا هو المنقول عن مالك، أما مسألة انعقاد النكاح بعبارة المرأة فقد أطبقت كتب المالكية فيما أعلم على أن المرأة لا تعقد على نفسها ولا على غيرها.

وقد نسب كثير من المتقدمين والمتأخرين إلى داود الظاهري أو إلى الظاهرية عموماً القول: بأن الثيب يجوز أن تتولى عقد النكاح دون البكر.

وأرى أن في هذا النقل نظراً، فإن ابن حزم قد ذكر مذهب داود وقال: قال أبو سليمان: أما البكر فلا يزوجها إلا وليها، وأما الثيب فتولي أمرها من شاءت من المسلمين ويزوجها، وليس للولي في ذلك اعتراض.

هذا هو كلام داود، فهو لم يقل بأن للثيب أن تتولى العقد على نفسها، ولكنه قال: تولي أمرها من شاءت من المسلمين.

ويبدو لي: أن سبب الخلط في النقل عن الفقهاء هو الخلط بين مسألتين؛ هما: إذن الولي، وهل يشترط في النكاح أم لا؟ ومسألة عبارة المرأة في النكاح هل تصح أم لا؟ مع مباينة كل من المسألتين للأخرى خلافاً وموضوعاً فليتنبه لذلك، فليس كل من يقول باشتراط إذن الولي لا يصحح عبارة المرأة، والعكس صحيح[1].

إذا تبين ذلك فإننا نستطيع حصر الخلاف في هذه المسألة بمذهبين:

المذهب الأول: يقول بصحة عبارة المرأة في النكاح، ثم اختلف أصحاب هذا المذهب: فمنهم من أطلق، ومنهم من اشترط إذن الولي أو إجازته للعقد.

أما **المذهب الثاني**: فإنه لم يصحح عبارة المرأة في النكاح.

إذا عرفنا هذا ننتقل الآن إلى ذكر **الأدلة ومناقشتها**:

أولاً ـ أدلة أصحاب المذهب الأول:

استدل أصحاب هذا المذهب بالكتاب، والسنة، والقياس:

---

(١) الهداية مع فتح القدير: ٢/ ٢٩١؛ الاختيار: ٣/ ١٢٨؛ المنتقى شرح الموطأ: ٣/ ٢٧٠؛ وحاشية العدوي مع شرح الرسالة: ٣/ ٣٥؛ شرح الدردير مع حاشية الدسوقي: ٣/ ٢٢٦؛ القوانين الفقهية، ص ١٧٢، مغني المحتاج: ٣/ ١٤٧؛ المغني: ٧/ ٣٣٧؛ المحلى: ٩/ ٤٥٥؛ البحر الزخار: ٤/ ٢٣؛ سبل الإسلام: ٣/ ١٢٠؛ نيل الأوطار: ٦/ ١٣٦؛ شرائع الإسلام: ٢/ ٢٧٨؛ مقارنة المذاهب لشلتوت والسايس، ص ٥٥.

١ ـ **أما الكتاب**: فقوله تعالى: ﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥ﴾ [البقرة: ٢٣٠]، وقوله: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَٰجَهُنَّ﴾ [البقرة: ٢٣٢].

فقد أضافت هاتان الآيتان النكاح إليهن، والحقيقة الشرعية للنكاح هي العقد، وقد نهت الآية الثانية عن منعهن من ذلك، وهذا كله يدل على أن العقد إذا صدر منهن كان صحيحاً ويترتب أثره عليه.

وأجيب: بأن المراد من الآية الثانية: لا تمتنعوا عن تزويجهن ممن كانوا أزواجهن.

ويدل على ذلك سبب نزول الآية: فقد طلق رجل من المسلمين زوجته، وأراد بعد ذلك الرجوع إليها، وهي راغبة بذلك، ولكن أخاها معقل ابن يسار حلف أن لا تعود إليه.

فنزلت هذه الآية، قال معقل: «فكفرت عن يميني وأنكحتها إياه» فلو كان للمرأة أن تزوج نفسها لبين ذلك الرسول ﷺ للمرأة ولأخيها، ولما كان هنا داع لأن يكفر الرجل عن يمينه.

أما إضافة النكاح إليهن فلأنهن محل العقد، ومن ذلك يفهم أن نسبة النكاح إليهن في الآية الأولى وأشباهها إنما المراد منه: نكاحهن بعقد الولي.

٢ ـ **أما السنة**: فقد احتجوا بقوله ﷺ: «**الثيب أحق بنفسها من وليها، والبكر تستأمر. . .**» الحديث. رواه مسلم.

وفي رواية لأبي داود: «**ليس للولي مع الثيب أمر، واليتيمة تستأمر**»[(١)].

ويبدو لي: أن الاستدلال بهذا الحديث خارج عن محل النزاع فلا نطيل الكلام فيه، ذلك لأن النزاع في صحة مباشرة المرأة العقد، بينما الحديث يتكلم عن رضا المرأة بالنكاح كشرط لصحة العقد، بدليل قوله: «**والبكر تستأذن والبكر تستأمر**» فمعنى الحديث: أن الثيب تفصح عن رضاها

---

(١) مسلم هامش النووي: ٩/ ٢٠٥؛ سنن أبي داود: ٢/ ٢٣٣.

ولا حاجة لأن ينوب الوالي عنها، أما البكر فإنه لحيائها يكفي منها ما يشير إلى الرضا أو عدمه، ثم ينوب الولي عنها في التصريح عن رغبتها إيجاباً أو سلباً، فالحديث يتكلم عن هذا وهو لا نزاع فيه، أما كون العقد يصح بعبارتها أو لا يصح فينبغي التماسه من أدلة أخرى.

٣ ـ **أما القياس**: فإنهم قد استدلوا بالقياس على تصرفها بالمال.

وبيان ذلك: أن عقود المرأة في الأموال صحيحة بالاتفاق، وسبب صحة هذه العقود منها أنها من أهل التصرف، لكونها بالغة عاقلة رشيدة تصرفت فيما هو حق لها. والنكاح حق خالص لها فيجب أن يكون عقدها فيه صحيحاً كعقودها في الأموال.

والجواب: أن هذا القياس يعارض النصوص الصحيحة التي ستأتي، فلا يصلح الاحتجاج به، ثم هو بالإضافة إلى ذلك قياس مع الفارق، ذلك لأن العقود في الأموال تعود المصلحة فيها ـ في الغالب ـ لمن تعود إليهم أحكام هذه العقود، ثم إن الغبن فيها قليل الخطر، وليس كذلك عقد النكاح، وذلك لأنه عقد تبنى عليه أواصر تربط بين الأسر؛ فما فيه من مصلحة أو ضرر يعود على الأسر بأكملها وليس على الزوجين فقط، لهذا كان لابد وأن تحدث الشريعة فرقاً بين عقود الأموال وعقد النكاح، فجعلت عقود الأموال لصاحب المال، أما عقد النكاح فجعلت الرضا فيه للمرأة، ومباشرة العقد للولي، فإذا أساءت المرأة الاختيار كان للولي، بما له من حق مباشرة العقد، الحيلولة بينها وبين زواج منافٍ لمصلحتها جرَّها إليه سوء اختيارها، أما إذا أحسنت الاختيار ومع ذلك حاول الولي منعها مستغلاً بذلك الحق الذي خوله الشارع إياه، فإن الشارع في هذه الحالة يسلب هذا الحق منه، ويعطيه للولي العام، وهو السلطان أو من ينوب عنه.

ثانياً ـ أدلة أصحاب المذهب الثاني:

احتج أصحاب هذا المذهب بالكتاب، والسنة:

١ ـ **أما الكتاب**: فقد احتجوا بآيات؛ منها:

قوله تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَٰجَهُنَّ﴾ [البقرة: ٢٣٢].

وجه الدلالة: ما قاله الشافعي: أن هذه الآية أصرح آية في اعتبار الولي، وإلا لما كان لعضله معنى، وقد تكلمت عن هذه الآية عند مناقشة أدلة أصحاب المذهب الأول.

وقد **اعترض سعدي جلبي** في تعليقه على شرح الهداية باعتراض غريب؛ **حاصله**: أن الخطاب موجه إلى الأزواج، والمعنى: نهي الرجل إذا طلق زوجته أن يفعل ما من شأنه أن يعيق زواجها من غيره، وذلك كأن يراجع قبيل انتهاء العدة لا ليستأنف الحياة الزوجية معها، ولكن ليعود فيطلقها فتبدأ عدة جديدة، قاصداً بذلك إيذاء الزوجة وتعطيل زواجها من غيره.

أقول: هذا الاعتراض غير مسلم، ويكفي أن تراجع سبب نزول الآية، وقد ذكرته فيما سبق، وهو ثابت في الصحيح، ليتضح بما لا يدع مجالاً للشك أن المخاطب بالآية هم الأولياء وليس الأزواج.

٢ ـ أما من السنة: فقد احتجوا بأحاديث عدة أرى أن بعضها خارج عن محل النزاع، لذلك فإني سأكتفي بذكر ما يأتي:

أ ـ فعن أم المؤمنين أم سلمة حديث طويل فيه: أن عمر بن الخطاب جاء يخطبها لرسول الله ﷺ بعد وفاة أبي سلمة، إلى أن قالت: «ليس أحد من أوليائي شاهد، فقال ﷺ: **ليس أحد من أوليائك شاهد ولا غائب! يكره ذلك**» رواه النسائي، وابن حبان، والحاكم، قال: صحيح على شرط مسلم[1].

(١) النسائي: ٦/ ٨٢؛ المستدرك: ٢/ ١٧٨؛ نصب الراية: ٤/ ٩٢.

وجه الدلالة: أن أم سلمة لما قالت: «ليس أحد من أوليائي شاهد» لم يقل لها ﷺ: أنكحي نفسك، ولا حاجة لأوليائك، مع أنه في مقام بيان، وتأخير البيان عن وقت الحاجة لا يجوز.

واعترض: بأن الحديث يدل على عكس المدعى، وذلك لأنه لم يحضر أحد من أوليائها العقد كما هو صريح الحديث، فدل هذا على أن مباشرة العقد لا تتوقف صحته على مباشرة الولي، وأن الولي ليس له حق الاعتراض ما دامت قد زوجت نفسها من كفء، لأن اعتراضه في هذه الحالة ليس في محله.

وأجيب: بأن دلالة الحديث على أن الولي ليس له حق الاعتراض في غير محله دلالة مسلمة، لكن أين دلالته على أن للمرأة مباشرة العقد بنفسها؟ هذا الادعاء لا يثبت إلا إذا ثبت بأن أم المؤمنين قد باشرت العقد بنفسها؛ وهذا يحتاج إلى إقامة دليل عليه. **فإن قيل**: فمن باشر العقد إذن؟. **قلت**: قد جاء في رواية النسائي: أن أم سلمة قالت: «قم يا عمر فزوج رسول الله ﷺ، فزوجه إياها» ومن هنا قال البعض: إن المخاطب بذلك عمر بن الخطاب، والمعنى أنها رضيت،أما الذي باشر العقد فهو ابنها سلمة بن أبي سلمة[1]. **ويبدو لي**: أن هذا ليس بصواب؛ لأن رواية الحاكم جاءت بلفظ: «قالت لابنها: قم يا عمر» فالمراد بعمر هنا هو ابنها عمر بن أبي سلمة، فهو الذي زوجها من رسول الله ﷺ، لكن هذا واجه إشكالاً من ناحيتين:

الأولى: أن عمر ابنها، والابن لا ولاية له في النكاح كما يقول الشافعي وغيره.

والجواب على ذلك: أن الجمهور على أن للابن ولاية في النكاح، بل إن مالكاً قدمه على الأب، على أن الشافعي إنما قال ذلك بالنسبة للابن إذا لم يكن من العصبات، أما إذا كان من العصبات: كأن يكون أبوه من أبناء

---

(١) نصب الراية: ٤/ ٩٣.

عمومة أمه، فإنه في هذه الحالة يلي النكاح، وعمر من هذا الصنف؛ لأن أبا سلمة من أبناء عمومة أم سلمة؛ وذلك لأن أباها ابن عم أبيه.

أما **الناحية الثانية** من الإشكال فهي: أن عمر بن أبي سلمة كان صغيراً، كذا قال البيهقي وغيره، وقال ابن الجوزي: ولد عمر في السنة الثانية من الهجرة، وتزوج رسول الله ﷺ أم سلمة في السنة الرابعة، فلعمر آنذاك ثلاث سنين[١].

وقد تكلف الفقهاء الإجابة على هذا؛ بأن الرسول ﷺ كان هو وليها، إذ إنه السلطان، وكان له أن يتولى طرفي العقد: أصالة عن نفسه ونيابة عنها، فإذا كان عمر هو الذي تولى أحد طرفي العقد بأمر النبي ﷺ، فهذا يدل على أن عقد الصبي يجوز إذا أمره الولي البالغ بذلك.

أقول: هذا جر إليه الظن بأن عمر ولد في السنة الثانية من الهجرة إلى المدينة، وليس الأمر كذلك، فقد أوضح ابن عبد البر: أنه ولد في السنة الثانية من الهجرة إلى الحبشة، أي أنه ولد في السنة السادسة من البعثة، فإذا كان ﷺ قد تزوج أم سلمة في السنة الرابعة من الهجرة إلى المدينة فمعنى ذلك أن سن عمر في ذلك الوقت كان اثنتي عشرة سنة أو يزيد، فهو إذن لم يكن صغيراً؛ ولهذا لما سأل الأثرم الإمام أحمد وقال: أليس كان عمر صغيراً؟ أنكر ذلك الإمام أحمد وقال: من يقول: كان صغيراً؟[٢]. وهذا صواب ولابد من القول به؛ لأنه قد صح أن عمر بن أبي سلمة سأل رسول الله ﷺ: أيقبِّل الصائم؟ فقال: «**سل هذه**» لأم سلمة، فأخبرته: أن رسول الله ﷺ يصنع ذلك، فقال: يا رسول الله، قد غفر الله لك ما تقدم من ذنبك وما تأخر، فقال رسول الله ﷺ: «**إني لأتقاكم لله وأخشاكم له**» رواه مسلم[٣]. فكيف يتصور صدور سؤال مثل هذا، ومحاورة كهذه المحاورة من صبي صغير؟! فتأمل هذا جيّداً، فإن به يزول الإشكال.

---

(١) المصدر السابق؛ السنن الكبرى مع الجوهر النقي: ٧/ ١٣١.

(٢) نصب الراية: ٤/ ٩٣؛ المغني: ٧/ ٣٤٨.

(٣) مسلم هامش النووي: ٧/ ٢١٩.

ب ـ واحتجوا أيضاً بما رواه ابن حزم بإسناده من طريق ابن جريج، عن سليمان بن موسى، عن الزهري، عن عروة بن الزبير، عن أم المؤمنين عائشة: أن النبي ﷺ قال: «**لا تنكح المرأة بغير وليها، فإن نكحت فنكاحها باطل**» وقد رواه ابن ماجه بهذا الإسناد بلفظ: «**أيما امرأة لم ينكحها الولي، فنكاحها باطل**»[1].

وقد اعترض الكمال على الاستدلال بهذا الحديث من وجوه؛ نذكر منها ما يلي:

الوجه الأول حاصله: أن ابن علية ذكر أن ابن جريج سأل الزهري عن هذا الحديث، فأثنى الزهري على سليمان، لكنه قال: أخشى أن يكون قد وهم علي، فهذا الزهري لم يعرف هذا الحديث.

والجواب: أن سليمان ثقة، ونسيان الزهري له بعد أن أودعه لدى الثقات لا يضر، ونظائر هذا ليس بقليل، منها: حديث القضاء بالشاهد واليمين وسيأتي، على أن الحديث قد رواه عن الزهري غير سليمان؛ منهم: قرة، وموسى بن عقبة، وابن إسحاق، وأيوب بن موسى، وهشام بن سعد وغيرهم، وقد روي الحديث أيضاً من غير طريق الزهري، فقد رواه جماعة من كبار المحدثين من طريق هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة،على أن حكاية ابن علية قد أنكرها جمع من كبار المحدثين؛ منهم: ابن حبان، وابن عبد البر، والحاكم وغيرهم، وأنكر يحيى بن معين سماع ابن علية، من ابن جريج[2].

---

(١) المحلى: ٩/ ٤٥١؛ ابن ماجه: ١/ ٦٠٥.

(٢) انظر: التلخيص الحبير: ٣/ ١٥٧؛ السنن الكبرى: ٧/ ١٠٩؛ سنن الدارقطني: ٣/ ٢٢٦؛ المستدرك: ٢/ ١٦٩؛ المحلى: ٩/ ٤٥٢.

الوجه الثاني: واعترض الكمال أيضاً: بأن الحديث ترويه أم المؤمنين عائشة، وقد كانت تعمل بخلافه؛ وعمل الصحابي بخلاف الحديث الذي يرويه يضعفه.

أقول: هذه القاعدة غير مسلمة، وقد سبق بيان ذلك عند الكلام عن أسباب اختلاف الفقهاء، وعلى أي حال فقد استدل الكمال على قوله بما رواه مالك بإسناده عن عائشة رضي الله عنها: «أنها زوجت حفصة بنت عبد الرحمن من المنذر بن الزبير، وعبد الرحمن غائب بالشام، فلما قدم عبد الرحمن قال: ومثلي يصنع هذا به؟! ومثلي يفتات عليه؟ فكلمت عائشة المنذر بن الزبير فقال المنذر: إن ذلك بيد عبد الرحمن، فقال عبد الرحمن: ما كنت لأرد أمراً قضيته...» الحديث[1].

فهذه أم المؤمنين تزوج بنت أخيها، وأخوها ليس بحاضر، وهذا خلاف ما روته، هذا ما ذكره الكمال.

والجواب عليه: أن أم المؤمنين لم تكن تلي عقد النكاح، ومعنى قوله: زوجت عائشة حفصة؛ أي: أذنت بذلك ومهدت له الأسباب؛ يدل عليه ما رواه عبد الرحمن بن القاسم بن محمد عن أبيه قال:

«كانت عائشة رضي الله عنها تخطب إليها المرأة من أهلها، فتشهد، فإذا بقيت عقدة النكاح قالت لبعض أهلها: زوج؛ فإن المرأة لا تلي النكاح» وفي لفظ: «فإن النساء لا ينكحن» رواه البيهقي[2]؛ وفي رواية لابن حزم: «أنها أنكحت رجلاً من بني أخيها جارية من بني أخيها؛ فضربت بينهم ستراً، ثم تكلمت حتى إذا لم يبقَ إلا النكاح أمرت رجلاً فأنكح، ثم قالت: ليس إلى النساء النكاح»[3] وهكذا كانت تفعل أم المؤمنين حفصة رضي الله

---

(١) الموطأ هامش المنتقى: ٤/ ٢٤.

(٢) السنن الكبرى: ٧/ ١١٢.

(٣) المحلى: ٩/ ٤٥٤.

عنها؛ فقد ولاها عمر ماله وبناته ونكاحهن، فكانت إذا أرادت أن تزوج امرأة أمرت أخاها عبد الله فيزوج، وهكذا فهم الصحابة قوله ﷺ: «**لا نكاح إلا بولي**»، فعن أبي هريرة: أنه قال: «ليس للنساء من العقد شيء، لا نكاح إلا بولي، لا تنكح المرأة نفسها»[١].

جـ ـ واحتجوا أيضاً بحديث أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «**لا تزوج المرأة المرأة، ولا تزوج المرأة نفسها**» رواه ابن ماجه، ورواه الدارقطني والبيهقي من عدة طرق.

وهذا الحديث نص في محل النزاع، وهو صريح في أن المرأة لا تلي العقد على نفسها ولا على غيرها.

واعترض: بأن الحافظ ابن كثير قال: الصحيح وقفه على أبي هريرة.

وأجيب: بأنه قد جاءت في هذا الحديث زيادة، وهي: «**فإن الزانية هي التي تزوج نفسها**» وقد بين الدارقطني والبيهقي: أن هذه الزيادة هي الموقوفة على أبي هريرة، أما ما سبق ذكره من الحديث فمرفوع.

واعترض أيضاً: بأن إسناد ابن ماجه فيه جميل بن الحسن العتكي. وقد ضعفه عبدان، وقال ابن الجوزي: لا يعرف.

وأجيب: بأنه مشهور ثقة، وثقهُ ابن حبان، وأخرج له في الصحيح هو وابن خزيمة والحاكم، وقد قال الحافظ ابن حجر في هذا الحديث: رجاله ثقات، على أن الدارقطني قد رواه من طرق أخرى، وقال الخطيب الشربيني: إسناد الدارقطني على شرط الشيخين؛ لذلك فهذا الحديث صالح للاحتجاج به[٢] وهو نص في محل النزاع، بعد هذا العرض للآراء وأدلتها

---

(١) المصدر السابق نفسه.

(٢) انظر الحديث في: ابن ماجه: ١/ ٦٠٦؛ الدارقطني: ٣/ ٢٢٨؛ السنن الكبرى: ٧/ ١١٠؛ نيل الأوطار: ٦/ ١٣٥؛ نصب الراية: ٣/ ١٨٨؛ التلخيص: ٣/ ١٥٧؛ بلوغ المرام مع سبل السلام: ٣/ ١٢٠؛ مغني المحتاج: ٣/ ١٤٧.

ومناقشتها، أرى أن الراجح هو ما ذهب إليه أصحاب المذهب الثاني.

ثم ليتنبه إلى أن من يقول هذا القول إنما ذهب إليه لأنه يرى أن الشريعة إنما تكرم المرأة بذلك؛ فالعقد إنما يتولاه نيابة عنها أقرب الناس إليها أو السلطان؛ فالمقصود به التكريم، وليس الحجر عليها أو سلب حقها في نفسها، أو إطلاق يد الولي يتصرف في أمر زواجها كما يشاء؛ وذلك لأن الثابت عنه ﷺ في هذا الشأن يدل دلالة أكيدة على أن أحداً لا يستطيع تزويج المرأة بدون رضاها؛ فقد صح عن خنساء بنت حذام الأنصارية: «أن أباها زوجها وهي ثيب، فكرهت ذلك، فأتت النبي ﷺ، فرد نكاحها» رواه البخاري[(١)].

وصح: «أن فتاة جاءت إلى رسول الله ﷺ فقالت: إن أبي زوجني ابن أخيه ليرفع خسيسته، فجعل الأمر إليها، فقالت: قد أجزت ما صنع أبي، ولكن أردت أن أعلم النساء أن ليس إلى الآباء من الأمر شيء» رواه النسائي وابن ماجه وغيرهما بإسناد صحيح[(٢)].

وعن جابر: «أن رجلاً زوج ابنته وهي بكر من غير أمرها، فأتت النبي ﷺ، ففرق بينهما».

وعن ابن عمر: «أن رجلاً زوج ابنته بكراً، فكرهت، فأتت النبي ﷺ، فرد نكاحها» رواهما ابن حزم وغيره[(٣)]. فمن زوجت بدون رضاها، جعل الشارع لها فسخ هذا النكاح ورده.

---

(١) البخاري هامش الفتح: ٩/١٦٨.

(٢) النسائي: ٦/٨٦؛ ابن ماجه: ١/٦٠٢.

(٣) انظر الحديثين في: المحلى: ٩/٤٦١؛ سنن أبي داود: ٢/٢٣٢؛ ابن ماجه: الصفحة السابقة.

كما أن المرأة إذا رغبت في الرجل الصالح وعضل الولي وأبى؛ فإن الشارع يسلب حق التزويج منه ويجعله للسلطان.

فالأمر كما ذكرت هو أمر تكريم لا أمر حجر وامتهان، فليتنبه لذلك ولتفهم حكمة الشارع، فإن المسألة قد زلت فيها كثير من الأقدام.

❑❑❑

المبحث الثالث
الزواج المؤقت أو المتعة

الزواج المؤقت: هو النكاح إلى أجل، كأن يتزوج الرجل المرأة إلى يوم أو شهر أو سنة طال الأجل أو قصر، فإذا انقضت المدة وقعت الفرقة بينهما من غير طلاق[١]، ويسمى هذا الزواج أيضاً: بالمتعة، وبالنكاح المنقطع. وقد فرق بعضهم بين الزواج المؤقت والمتعة.

ولا أعلم أحداً الآن يقول بجواز هذا النكاح سوى الإمامية.

لذا فإني سألخص لك في مبدأ الأمر أحكام هذا النكاح عندهم، ثم أذكر لك الخلاف.

فأقول: لا يجوز هذا النكاح عند الإمامية إلا بعقد، ويكون بصيغة الماضي بأحد الألفاظ الثلاثة: التزوج، أو الإنكاح، أو الإمتاع.

وهذا النكاح كالنكاح الدائم لا يشترط فيه عند الإمامية إشهاد ولا إعلان، ويشترط فيه ذكر مقدار المهر، والأجل.

ولا يجوز للرجل التمتع بامرأة لا يحل له نكاحها نكاحاً دائماً، وكذلك المرأة: فلا يجوز للرجل التمتع بغير المسلمة والكتابية، ولا للمرأة التمتع بغير المسلم.

وللمرأة البالغة الرشيدة أن تمتع نفسها، وليس لوليها أن يعترض على ذلك، بكراً كانت أو ثيباً على الأشهر.

---

(١) القرطبي: ٥/ ١٣٢.

ويستحب للرجل التمتع بالعفيفة، ويكره بالزانية، ويمنعها من الفجور إن تمتع بها، كما يكره أن يتمتع ببكر ليس لها أب، فإن فعل فلا يفتضها، فإن افتضها جاز مع الكراهة.

وذكروا في ذلك رواية عن أبي سعيد القماط، قال: قلت لأبي عبد الله: «جارية بكر بين أبويها، تدعوني إلى نفسها سرّاً من أبويها، أفعل ذلك؟ قال: نعم، واتق موضع الفرج، قال: قلت: وإن رضيت؟ قال: وإن رضيت، فإنه عار على الأبكار».

فإذا انقضت المدة حصل الفراق بدون حاجة إلى طلاق، وعلى المرأة العدة وهي حيضتان، فإن لم تكن من ذوات الحيض اعتدت بخمسة وأربعين يوماً، وإن مات الزوج أثناء العدة اعتدت عدة الوفاة.

ولا يثبت بهذا الزواج توارث بين الزوجين، لكن إن حصل ولد لحق نسبه بأبيه، هذه خلاصة أحكام هذا النكاح عند الإمامية.

أما غير الإمامية فإنهم قالوا: إن هذا النكاح كان مباحاً في صدر الإسلام، ثم حرمه رسول الله ﷺ تحريماً مؤبداً إلى يوم القيامة، وبهذا قال الأئمة الأربعة، والظاهرية والزيدية، ونقل غير واحد من العلماء الإجماع على تحريمه. بينما قال بعضهم: انعقد الإجماع مؤخراً بعد أن فني القائلون بالحل[1].

الأدلة ومناقشتها

الخلاف بين الجمهور والإمامية ليس أساسه الاختلاف حول حل المتعة، لأن الكل متفق على أنها كانت مباحة في صدر الإسلام، وإنما الخلاف في هل أن هذه الإباحة نسخت أم لا؟ الجمهور قالوا: نسخت،

(١) القرطبي: ٥/ ١٣٠، ١٣٣ و١٢/ ١٠٦؛ عمدة القاري: ١٧/ ٢٤٦؛ شرائع الإسلام: ٢/ ٣٠٣ وما بعدها.

والإمامية قالوا: لم تنسخ؛ لذلك فإني سأتعرض للأدلة بالقدر الذي يبين لنا ثبوت النسخ من عدمه.

فأقول: ربما احتج الإمامية بقوله تعالى: ﴿فَمَا ٱسْتَمْتَعْتُم بِهِۦ مِنْهُنَّ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [النساء: ٢٤].

على أساس أن الآية قد تكلمت عن استمتاع يؤتى عليه أجر، والاستمتاع شيء والنكاح المعروف شيء آخر، والأجور شيء والمهور شيء آخر. هذا بالإضافة إلى أنه قد وردت قراءة آحاد لهذه الآية عن ابن مسعود، وابن عباس، وأبي وغيرهم بلفظ: (فما استمتعتم به منهن إلى أجل مسمى) الأمر الذي يدل على أن هذه الآية تضمنت حكم نكاح المتعة. فإذا ثبت هذا فإن هذه الآية محكمة لم تنسخ؛ وذلك لأن ما جاء من أحاديث هي على فرض صحتها أحاديث آحاد فلا يصح نسخ القرآن بها، وأيضاً فإن هناك العديد من الصحابة والتابعين ومن بعدهم قد ثبتوا على القول بحل المتعة، الأمر الذي يدل على أن هذه الآية لم تنسخ.

الجواب على ذلك: الجمهور بالنسبة لهذه الآية فريقان:

فريق لا يسلم أن الآية تتكلم عن نكاح المتعة، وإنما هي تتكلم عن حكم من أحكام النكاح المعهود، هذا الحكم هو: أن المرأة تستحق المهر كاملاً بالدخول، وحينئذ يكون معنى الآية: ﴿فَمَا ٱسْتَمْتَعْتُم بِهِۦ مِنْهُنَّ﴾ أي: إذا دخلتم بهن في نكاح صحيح ﴿فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾؛ أي: فقد استقر لهن المهر كاملاً؛ والدليل على أنها تتحدث عن النكاح المعهود مجيئها في سياق آيات كلها تتحدث عن النكاح وليس عن المتعة؛ فقد ابتدأت هذه الآيات بقوله تعالى: ﴿وَلَا تَنكِحُواْ مَا نَكَحَ ءَابَآؤُكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ﴾، وانتهت بقوله تعالى: ﴿وَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلًا أَن يَنكِحَ ٱلْمُحْصَنَـٰتِ ٱلْمُؤْمِنَـٰتِ﴾ [النساء: ٢٥].

كما أنه لا دلالة في قوله تعالى: ﴿أُجُورَهُنَّ﴾ على أن الآية تتكلم عن نكاح المتعة؛ لأن الأجر شيء والمهر شي آخر، بل كلاهما شيء واحد،

فالمراد بالأجر هنا المهر، وإطلاق لفظ الأجر على المهر ورد في أكثر من موضع في القرآن الكريم، قال تعالى: ﴿فَانكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ وَءَاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [النساء: ٢٥]، وقال أيضاً: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ إِنَّآ أَحْلَلْنَا لَكَ أَزْوَٰجَكَ ٱلَّٰتِيٓ ءَاتَيْتَ أُجُورَهُنَّ﴾ [الأحزاب: ٥٠].

أما الفريق الثاني من الجمهور: فقد ذهبوا إلى القول بأن هذه الآية تتكلم عن نكاح المتعة الذي كان مباحاً في صدر الإسلام، لكنهم قالوا: نهي عنه بعد ذلك ونسخت الآية. أما ما هو الناسخ لها، فهذا ستعرفه مما يلي:

أ ـ عن أبي هريرة: أن رسول الله ﷺ قال: «**حرم المتعة النكاح والطلاق والعدة والميراث**» رواه البيهقي وغيره وإسناده حسن.

ب ـ وعن علي كرم الله وجهه قال: «نهى رسول الله ﷺ عن المتعة... قال: وإنما كانت لمن لم يجد، فلما نزل النكاح، والطلاق والعدة والميراث بين الزوج والمرأة؛ نسخت» رواه البيهقي.

ج ـ وعن ابن عباس قال: «كانت المتعة في أول الإسلام، كانوا يقرؤون هذه الآية: فما استمتعتم به منهن إلى أجل مسمى... الآية إلى أن قال: فلما نزلت هذه الآية: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَٰتُكُمْ...﴾ إلى آخر الآية، فنسخ الله عز وجل الأولى، فحرمت المتعة؛ وتصديقها في القرآن: ﴿إِلَّا عَلَىٰٓ أَزْوَٰجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُهُمْ﴾. وما سوى ذلك فهو حرام» رواه البيهقي.

د ـ وعن ابن مسعود قال: «نسختها العدة والطلاق والميراث...» ومثل هذا روي عن سعيد بن المسيب.

هـ ـ وعن أم المؤمنين عائشة: «تحريمها ونسخها في القرآن، وذلك في قوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَٰفِظُونَ ۝٥ إِلَّا عَلَىٰٓ أَزْوَٰجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ

أَيْمَٰنُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ ﴾ [المؤمنون: ٥-٦] وليست المتعة نكاحاً ولا ملك يمين»، ومثل ذلك عن القاسم بن محمد بن أبي بكر الصديق[١].

فالناسخ إذن هذه الآيات كما ورد ذلك نصّاً عن رسول الله ﷺ وعمن ذكروا من الصحابة والتابعين. هذا بالإضافة إلى أحاديث صحاح بينت التحريم. وسأذكر لك طرفاً منها فيما بعد.

أما القول بأن فريقاً من الصحابة والتابعين ومن بعدهم ثبتوا على القول بالحل؛ فهذه تحتاج إلى وقفة متأنية أبين لك فيها وجه الحق في هذه النقول. لكن قبل ذلك لابد من بيان الفارق بين المتعة التي يقول الإمامية بحلها وبين المتعة التي كانت مباحة في صدر الإسلام وقال الجمهور: إنها نسخت، أو التي كان يقول البعض بحلها قبل أن يطّلع على التحريم.

فأقول: يوجد بينهما فارقان:

الأول: أن تلك المتعة كانت مباحة في السفر وعند الضرورة وليس مطلقاً. فقد روى الحافظ الحازمي بإسناد قال عنه: حسن صحيح، عن قيس بن أبي حازم قال: سمعت ابن مسعود يقول: «كنا نغزو مع رسول الله ﷺ، وليس معنا نساء؛ فأردنا أن نختصي، فنهانا عن ذلك رسول الله ﷺ، ثم رخص لنا أن ننكح المرأة بالشيء إلى أجل» قال الحازمي ما حاصله: إنما الإباحة كانت للسبب الذي ذكره ابن مسعود، وإنما كان ذلك في أسفارهم، ولم يبلغنا أن النبي ﷺ أباحها لهم وهم في بيوتهم، ثم حرمت بعد ذلك تحريماً مؤبداً.

وروى الحازمي والبيهقي وغيرهما: أن ابن عباس سئل عن فتياه في إباحة المتعة مطلقاً في السفر، فقال: «إنا لله وإنا إليه راجعون، والله ما بهذا أفتيت، ولا هذا أردت، ولا أحللت إلا مثل ما أحل الله من الميتة والدم

---

(١) انظر هذه الأحاديث والآثار في: السنن الكبرى: ٧/ ٢٠٤ وما بعدها؛ نيل الأوطار: ٦/ ٢٥٣ وما بعدها؛ القرطبي: ٥/ ١٢٩ وما بعدها.

ولحم الخنزير، وما تحل إلا للمضطر، وما هي إلا كالميتة والدم ولحم الخنزير»[١].

أما الفرق الثاني: فهو أن تلك كان لابدّ فيها من الولي والشهود؛ قال القرطبي: قال النحاس في المتعة التي تكون بغير شهود: هذا الزنى بعينه، ولم يبح قط في الإسلام.

وقال ابن عطية: كانت المتعة أن يتزوج الرجل المرأة بشاهدين وإذن الولي إلى أجل مسمى، وعلى أن لا ميراث بينهما، ويعطيها ما اتفقا عليه، فإذا انقضت المدة فليس له عليها سبيل، ويستبرئ رحمها؛ لأن الولد لاحق بلا شك[٢].

إذا عرفنا هذا أذكر الآن من نقل عنه القول بإباحتها من السلف.

وأعقب على هذا النقل بعد ذلك، فأقول:

قال ابن حزم: ثبت على تحليلها بعد رسول الله ﷺ جماعة من السلف، منهم من الصحابة رضي الله عنهم: أسماء بنت أبي بكر الصديق، وجابر بن عبد الله، وابن مسعود، وابن عباس، ومعاوية، وعمرو بن حريث، وأبو سعيد الخدري، وسلمة ومعبد ابنا أمية بن خلف، قال: ومن التابعين طاوس، وعطاء، وسعيد بن جبير وسائر فقهاء مكة، قال: واختلف فيها عن علي، وعمر، وابن عباس، وابن الزبير.

ونقل الشوكاني القول بإباحتها عن الباقر، والصادق، ونقله ابن قدامة عن ابن جريج[٣].

إذا عرفت ذلك أدقق لك هذه النقول واحداً بعد الآخر:

١ ـ أما النقل عن أسماء، فقد جاء فيما رواه الطحاوي بإسناده عن سعيد بن جبير قال: «سمعت عبد الله بن الزبير يخطب، وهو يعرض بابن

---

(١) الاعتبار/ ١٣٩ وما بعدها.

(٢) القرطبي: ٥/ ١٣٢.

(٣) المحلى: ٩/ ٥١٩؛ المغني: ٧/ ٥٧١؛ نيل الأوطار: ٦/ ١٥٤.

عباس، ويعيب عليه قوله في المتعة، فقال ابن عباس: يسأل أمه إن كان صادقاً؛ فسألها؛ فقالت: صدق ابن عباس، قد كان ذلك»[١].

هذا كلام أسماء ليس فيه إلا إخبارها بصدق ابن عباس في قوله: «لقد كانت المتعة تفعل على عهد إمام المتقين» وهو جزء مما قيل في هذه الحادثة، ذكره مسلم[٢].

والظاهر أن ابن الزبير لم يكن يعلم أن المتعة كانت مباحة في أول الأمر، وهذا غير بعيد؛ وذلك لأنها حرمت في حياة الرسول ﷺ، وكان ابن الزبير في ذلك الوقت صغيراً؛ لأن رسول الله ﷺ توفي ولم يكن ابن الزبير قد تجاوز الثامنة من عمره، لأنه ولد في السنة الثانية من الهجرة[٣]، ولم تثر المسألة إلا لأحداث وقعت في عهد عمر، سأذكرها فيما بعد، فبين لهم رضي الله عنه أنها قد حرمت ونهى الناس عنها فامتنعوا؛ ولم يشتهر في ذلك خلاف إلى أن أفتى ابن عباس بحلها وعارضه الصحابة؛ لذلك سأل ابن الزبير أمه فأخبرته: بأن ذلك قد كان، وكون ذلك قد كان؛ هذا لا نزاع فيه، وإنما النزاع في نسخ الحل، وهل كانت تقول به أو لا؟ ليس في الرواية ما يدل على ذلك، وبالتالي فلا دلالة فيها على أنها قد استمرت على القول بالإباحة.

٢ ـ وأما جابر بن عبد الله؛ فالثابت عنه في صحيح مسلم: أنه قال في أمر المتعتين ـ متعة الحج ومتعة النكاح ـ: «فعلناهما مع رسول الله ﷺ، ثم نهانا عنهما عمر فلم نعد لهما»[٤].

---

(١) شرح معاني الآثار: ٣/ ٢٤.
(٢) مسلم هامش النووي: ٩/ ١٨٨.
(٣) العبر: ٤/ ٤.
(٤) مسلم هامش النووي: ٩/ ١٨٤.

فهذا دليل على أنه لم يكن قد علم بتحريم الرسول ﷺ لهما حتى أعلن ذلك عمر على الناس؛ فلما علم امتنع، وهذا يبين بوضوح أنه لم يكن قد ثبت على القول بالحل بعد ذلك.

٣ ـ وأما ابن مسعود، فقد روى البيهقي عنه من طرق عدة: أنه قال: «المتعة منسوخة، نسخها الطلاق، والصداق، والعدة، والميراث»[١].

٤ ـ وأما ابن عباس، فقد قال الترمذي: روي عن ابن عباس شيء من الرخصة في المتعة، ثم رجع عن قوله حين أخبر عن النبي ﷺ، ثم روى بإسناده إلى ابن عباس أنه قال: «إنما كانت المتعة أول الإسلام، كان الرجل يقدم البلد ليس له بها معرفة، فيتزوج المرأة بقدر ما يرى أنه يقيم، فتحفظ له متاعه، وتصلح له شأنه؛ حتى نزلت الآية: ﴿إِلَّا عَلَىٰٓ أَزْوَٰجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُهُمْ﴾، قال ابن عباس: فكل فرج سواهما حرام»[٢] وقد نقل رجوعه عن القول بالحل جمع كبير من العلماء[٣].

٥ ـ أما أبو سعيد الخدري، فالنقل عنه إنما جاء في رواية لابن جريج عن عطاء قال: أخبرني من شئت عن أبي سعيد الخدري قال: «لقد كان أحدنا يستمتع بملء القدح سويقاً».

قال الحافظ ابن حجر: هذا مع كونه ضعيفاً للجهل بأحد رواته، فليس فيه التصريح بأنه كان بعد رسول الله ﷺ[٤].

٦ ـ أما سلمة ومعبد، فإن قصتهما واحدة، واختلفت الرواية في أيهما الذي استمتع بامرأة فحملت منه، فأخبر عمر بذلك، فخرج يجر رداءه فزعاً، وقال: «هذه المتعة، ولو كنت تقدمت فيه لرجمته»[٥].

---

(١) السنن الكبرى: ٧/ ٢٠٧.

(٢) الترمذي هامش تحفة الأحوذي: ٢/ ١٨٢؛ وانظر: السنن الكبرى: ٧/ ٢٠٧.

(٣) انظر في ذلك: شرح معاني الآثار: ٣/ ٢٦؛ القرطبي: ٥/ ١٣٢؛ المنتقى شرح الموطأ: ٣/ ٣٣٤؛ الاعتبار، ص ١٤١.

(٤) فتح الباري: ٩/ ١٣٨.

(٥) السنن الكبرى: ٧/ ٢٠٦.

٧ ـ وأما عمرو بن حريث، فإن له قصة مشابهة لهذه رواها مسلم بسنده عن جابر قال: «كنا نستمتع بالقبضة من التمر والدقيق الأيام على عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر، حتى نهى عنه عمر في شأن عمرو بن حريث»[١].

فهذه القصة والتي قبلها هي التي نبهت عمر إلى أن بعض الناس لا يزال غير عالم بتحريم الشارع للمتعة ونهيه عنها ونسخه لإباحتها، وأعلن على الناس هذا الحكم؛ فلما علموا انتهوا، فليس فيها ما يدل على استمرار قولهم بالحل بعد ذلك.

٨ ـ أما معاوية، فقد ذكر الحافظ ابن حجر: أن هذا كان منه قديماً، وأورد الرواية الدالة على ذلك؛ ثم قال: وقد كان معاوية مقتدياً بعمر متبعاً له، فلا يشك أنه عمل بقوله بعد النهي[٢].

أما قول ابن حزم بعد ذلك: وقد اختلف فيها عن علي، وعمر، وابن عباس، وابن الزبير، فبيانه فيما يلي:

٩ ـ أما الاختلاف عن علي، فهو رواية ذكرها ابن حزم بقوله: «وعن علي فيها توقف»[٣] هكذا ذكرها بدون إسناد، ولو صحت فهي ليست بشيء؛ لأن التوقف لا يعتبر رأياً.

وقد روى عبد الرزاق عن ابن جريج قال: أخبرني من أصدق أن عليّاً قال بالكوفة: «لولا ما سبق من رأي عمر بن الخطاب، لأمرت بالمتعة، ثم ما زنى إلا شقي»[٤].

وهذه رواية لا تقوم بها حجة؛ لأن ابن جريج لم يسم من روى عنه، فلا يحل بهذه الرواية نسبة القول بالحل لعلي، مع ثبوت قوله بالتحريم في

(١) مسلم هامش النووي: ٩/ ١٨٤.

(٢) فتح الباري: الصفحة السابقة.

(٣) المحلى: ٩/ ٥٢٠.

(٤) مصنف عبد الرزاق: ٧/ ٥٠٠.

الصحاح، وهو الذي رد على ابن عباس لما كان يقول بحل المتعة، وقال له: «أنت تائه» وأخبره بأن رسول الله ﷺ حرمها[١] وهو رضي الله عنه أتقى لله من أن يقول بحل شيء علم تحريمه من رسول الله ﷺ.

١٠ ـ أما الاختلاف عن عمر، فقد جاء في رواية ذكرها ابن حزم بقوله: «وعن عمر بن الخطاب: أنه إنما أنكرها إذا لم يشهد عليها عدلان، وأباحها بشهادة عدلين»[٢] هكذا ذكر الرواية غير مسندة، وقد أخرجها عبد الرزاق من رواية محمد بن الأسود بن خلف عمن سمع عمر[٣] هكذا بدون أن يسمي الراوي؛ لهذا فإن هذه الرواية لا حجة فيها، مع أنها مخالفة للروايات الثابتة عنه في الصحيح والتي لم تفرق بين ما إذا كانت المتعة بشاهدين أو بغيرهما[٤].

١١ ـ وأما الاختلاف عن ابن عباس فهو موجود؛ وقد قال بعض العلماء: إنه لم يرجع عن رأيه في القول بالحل[٥]، بينما قال الأكثرون: إنه قد رجع عن ذلك، واستقر رأيه على القول بالتحريم، وقد ذكرت ذلك فيما سبق، لكن ما دامت الرواية برجوعه قد صحت فهي المقدمة؛ لأن من المعلوم: أن المثبت مقدم على النافي ما دام قد أثبت نقله.

١٢ ـ أما عبد الله بن الزبير، فقد قال ابن حزم: واختلف في إباحتها عن ابن الزبير، ولم يذكر الرواية التي نقلت الإباحة عنه.

والروايات الصحيحة الثابتة عنه مثبتة للقول بالتحريم، حتى إنه قال لابن عباس حينما كان يقول بالحل: «فجرب بنفسك، فو الله لئن فعلتها لأرجمنك»[٦]

---

(١) انظر: البخاري هامش الفتح: ٩/ ١٣٢؛ مسلم هامش النووي: ٩/ ١٩٠.

(٢) المحلى: الصفحة السابقة.

(٣) مصنف عبد الرزاق: ٧/ ٢٠٦.

(٤) مسلم: ١٨٤؛ السنن الكبرى: ٧/ ٢٠٦.

(٥) فتح الباري: ٩/ ١٣٨.

(٦) انظر: صحيح مسلم، والسنن الكبرى: الصفحات السابقة.

فهؤلاء هم الصحابة الذين نقل عنهم القول بالحل، لم يثبت النقل عن واحد منهم إلا عن ابن عباس، وقد نقل رجوعه عن ذلك غير واحد من العلماء.

أما من بعد الصحابة: فقد نقل ابن عوانة رجوع ابن جريج عن القول بالحل، ونقل ابن حبيب رجوع عطاء[١]، وروى البيهقي بسنده عن بسام الصيرفي قال:

«سألت جعفر بن محمد عن المتعة، فوصفتها، فقال لي: ذلك الزنى»[٢].

وبعد كل ما عرضته لك **أقول**: وعلى أي حال فإنه لا حجة في قول أحد مع رسول الله ﷺ؛ وقد ثبت أنه ﷺ **قد حرمها تحريماً مؤبداً**؛ فعن الربيع بن سبرة الجهني عن أبيه قال: إن رسول الله ﷺ قال: «**أيها الناس، إني كنت قد أذنت لكم في الاستمتاع من النساء، وأن الله قد حرم ذلك إلى يوم القيامة؛ فمن كان معه شيء منهن فليخل سبيله، ولا تأخذوا مما آتيتموهن شيئاً**» رواه مسلم، وقد رواه ابن حزم بلفظ: سمعت رسول الله ﷺ على المنبر يخطب ويقول: «**من كان تزوج امرأة إلى أجل فليعطها ما سمى لها، ولا يسترجع مما أعطاها شيئاً، ويفارقها؛ فإن الله قد حرمها عليكم إلى يوم القيامة**»[٣].

وقد اختلف على الربيع في العام الذي صدر فيه التحريم المؤبد عن رسولنا ﷺ، قال الحافظ ابن حجر: الرواية بأنه في عام الفتح أصح وأشهر؛ ثم إن في النهي عن المتعة أحاديث أخرى كثيرة مختلفة جمع أطرافها ووفق بينها الحافظ ابن حجر في الفتح، فراجعه[٤].

❑ ❑ ❑

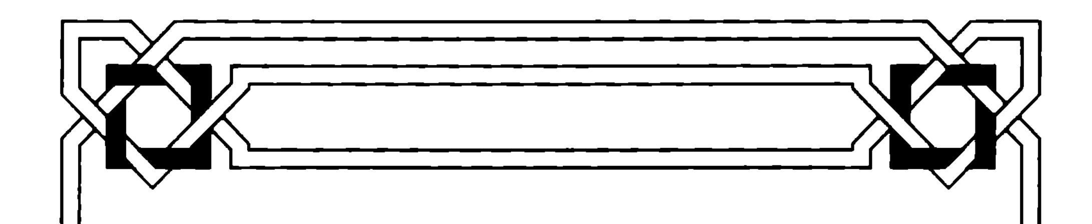
---

(١) انظر: فتح الباري: الصفحة السابقة؛ والمنتقى شرح الموطأ: ٣/ ٣٣٤.

(٢) السنن الكبرى: ٧/ ٢٠٧.

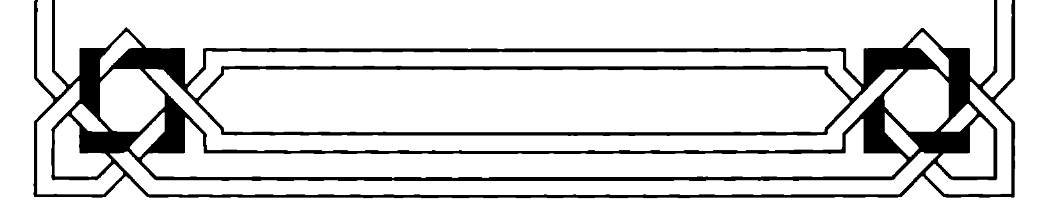
(٣) مسلم هامش النووي: ٩/ ١٨٦؛ المحلى: ٩/ ٥٢٠.

(٤) فتح الباري: ٩/ ١٣٥.



الفصل الثاني

أحكام تتعلق بالتفريق القضائي



تمهيد

التفريق بين الزوجين قضاء باب واسع من أبواب فقه الأسرة، ويقوم أساساً على إزالة ضرر يلحق بأحد الزوجين إذا استمرت الزوجية. وهذا الضرر قد يكون بسبب عيوب جسدية أو أمراض معدية أو منفرة تكون في أحد الزوجين، وقد يكون بسبب حرمان الزوجة من النفقة أو المعاشرة الزوجية، وقد يكون بسبب ارتكاب الزوجة الفاحشة، وغير ذلك كثير.

والمقرر علينا دراسته في هذه المرحلة مما يتعلق بالتفريق القضائي أمران؛ هما: التفريق بسبب الإعسار، والتفريق بسبب الغيبة، وسأفرد كلّاً منهما في مبحث، لذلك فإن هذا الفصل سيتضمن مبحثين:

❑❑❑

المبحث الأول
التفريق للإعسار

لا خلاف بين الفقهاء في وجوب نفقة الزوجة على زوجها.

ولا خلاف بينهم في أن الزوجة إذا رضيت بالمقام مع زوجها المعسر فإن ذلك هو الأفضل، وحينئذ فلا فسخ ولا تفريق.

أما إذا أعسر الزوج ولم ترتض الزوجة المقام معه على ذلك، فهنا اختلف الفقهاء على ثلاثة مذاهب:

المذهب الأول: للزوجة طلب التفريق، وللقاضي بناء على ذلك الحكم بالتفريق بينهما. وبهذا قال جمهور الفقهاء، وروي عن عمر، وعلي، وأبي هريرة، وسعيد بن المسيب، والحسن البصري، وربيعة، وإليه ذهب مالك، وأحمد، والشافعي في أظهر قوليه، والإمامية، وبعض الزيدية.

لكن قال مالك: إن تزوجته عالمة بإعساره، فلا حق لها في طلب الفسخ[1].

---

(١) يلاحظ هنا: أن الجمهور قد اختلفوا في تفريق القاضي هل هو فسخ أو طلاق رجعي؟ والفرق بينهما: أن الفسخ يعتبر طلاقاً بائناً، وعليه فليس له الرجوع في العدة ولو أيسر. وبهذا قالت طائفة من الفقهاء منهم الشافعي. أما على القول بأن التفريق طلاق رجعي، فإن للزوج الرجوع إذا أيسر أثناء العدة، وبهذا قالت طائفة من الفقهاء منهم مالك.
ثم إنهم اختلفوا في الفسخ هل ينجز بمجرد الإعسار أو يؤجل مدة لعله يوسر؟ بالأول قال أحمد والشافعي في قول، وبالثاني قال جماعة من الفقهاء، ثم اختلفوا في مدة التأجيل: فقال مالك وآخرون: ذلك إلى نظر القاضي، وقال الشافعي في أظهر قوليه: يؤجل ثلاثة أيام، وقال بعضهم: يؤجل سنة، وقال بعضهم: يؤجل شهراً أو شهرين.

ونسب الصنعاني للظاهرية مثل مذهب الجمهور، وليس كما قال وسيأتي مذهبهم.

المذهب الثاني: ليس للزوجة حق طلب الفسخ بسبب الإعسار. وبذلك قال بعض فقهاء التابعين، وإليه ذهب أبو حنيفة، وهو قول للشافعي اختاره المزني من أصحابه، وبه قال بعض الزيدية، وهو مذهب الظاهرية، بل قال ابن حزم: يجب على الزوجة الغنية الإنفاق على زوجها.

المذهب الثالث: ذكر ابن القيم في المسألة تفصيلاً، وهو: أن الزوجة إذا تزوجته عالمة بإعساره، أو كان عند الزواج موسراً ثم أعسر؛ فلا حق لها في طلب الفسخ. أما إذا غرَّها عند الزواج بأنه موسر ثم تبين لها إعساره؛ فلها الفسخ(١).

الأدلة ومناقشتها

أولاً ـ احتج جمهور الفقهاء بما يلي:

١ ـ قوله تعالى: ﴿وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا۟﴾ [البقرة: ٢٣١].

وجه الدلالة: أن الإمساك مع عدم القدرة على النفقة، فيه إضرار بالزوجة واعتداء عليها، وقد نهت الآية عن ذلك، فإذا طلبت دفع ذلك عنها فعلى القاضي أن يدفعه بالتفريق.

واعترض: بأن الآية نزلت فيمن كان يطلق، فإذا قاربت العدة على الانقضاء راجع لا لغرض إلا ليعود فيطلق لتبدأ المرأة عدة جديدة يفعل ذلك إضراراً بها، فهذا هو المقصود بالآية.

وأجيب: بأن العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب.

---

(١) الاختيار: ٤/٦؛ المدونة: ٤/١٠٨ و١١٢؛ شرح الدردير مع حاشية الدسوقي: ٢/٥١٨؛ شرح الرسالة مع حاشية العدوى: ٢/١٢٢؛ الأم: ٥/٩٦؛ مغني المحتاج: ٣/٤٤٢ و٤٤٤؛ المغني: ٩/٢٤٣؛ مصنف عبد الرزاق: ٧/٩٦؛ سبل السلام: ٣/٢٢٥؛ نيل الأوطار: ٦/٣٦٥؛ منهاج الصالحين: ٢/٣٠٥.

واعترض أيضاً: بأنه تعالى قال في الآية: ﴿لِّتَعۡتَدُوا۟ۚ﴾ والزوج هنا غير معتد، لأنه لا يد له في فقره، فكيف يكون متعدياً بسبب شيء لا يد له فيه؟!.

أقول: من الواضح أن الجمهور لم يقصدوا جعله معتدياً بسبب فقره، وإنما اعتداؤه بسبب إمساكه مع عدم القدرة على النفقة، والإمساك والتفريق أمر بيده يستطيع أيهما شاء، فإذا أمسك مع عدم القدرة على النفقة وعدم رضا الزوجة بذلك فإنه من هنا قد حصل الإضرار.

٢ ـ واحتجوا أيضاً بحديث أبي هريرة: أن النبي ﷺ قال: «**خير الصدقة ما كان عن ظهر غنى، واليد العليا خير من اليد السفلى، وابدأ بمن تعول**» قيل: ومن أعول يا رسول الله؟ قال: «**امرأتك تقول: أطعمني وإلا فارقني، خادمك يقول: أطعمني واستعملني، ولدك يقول: إلى من تتركني؟!**» رواه الدارقطني، وقال الحافظ ابن حجر: إسناده حسن[١].

فهذا الحديث أثبت للزوجة طلب الفرقة إذا أعسر الزوج بالنفقة.

واعترض: بأن البخاري قد بين أن قوله في الحديث: «**امرأتك تقول أطعمني... إلخ**» هذا من كلام أبي هريرة، فقد سئل هو عن ذلك فقال: «هذا من كيسي»[٢].

وأجاب الصنعاني عن ذلك بكلام طويل حاصله: أن قول أبي هريرة: «هذا من كيسي» تهكم بالسائل حين سأله: أهذا من رأيك أو من قول الرسول ﷺ؟ وذلك لأنه قد صرح في رواية الدارقطني بأنه من كلام الرسول ﷺ.

ويبدو لي: أن الأمر ليس كذلك، لأن إسناد الدارقطني فيه عاصم بن أبي النجود، وقد وثقه أحمد وغيره، إلا أن أكثر من ناقد قال عنه: في

---

(١) الدارقطني: ٣/ ٢٩٦؛ بلوغ المرام مع سبل السلام: ٣/ ٢١٣.
(٢) البخاري هامش الفتح: ٩/ ٤٠٣.

حفظه شيء، لذلك فإن رجال البخاري أحفظ وأكثر ضبطاً، وحيث قد بينوا بأنه من كلام أبي هريرة فالعبرة بقولهم.

لكن مع ذلك فإن للجمهور أن يقولوا: بأن هذا تفسير جاء من قبل الصحابي الفقيه الراوي للحديث فيقدم على غيره.

٣ ـ واحتجوا أيضاً بحديث أبي هريرة: أن النبي ﷺ قال في الرجل لا يجد ما ينفق على امرأته: «**يفرق بينهما**».

نسبه البيهقي، والمجد بن تيمية للدارقطني.

وهذا نص في محل النزاع، لكنه لا يصلح للاحتجاج به، فقد أوضح الحافظ ابن حجر: أن هذا من كلام سعيد بن المسيب وهم فيه البيهقي وغيره على الدارقطني، فرووه من حديث أبي هريرة مرفوعاً، وقد أطال الحافظ في بيان ذلك، فراجعه[١].

٤ ـ واحتجوا بحديث أبي الزناد قال: سألت سعيد بن المسيب، عن الرجل لا يجد ما ينفق على امرأته، قال: يفرق بينهما، قال أبو الزناد: قلت: سنة؟ قال سعيد: سنة. رواه الشافعي، ورواه البيهقي من طريق الشافعي. وقال الشافعي: «الذي يشبه قول سعيد: سنة، أن تكون سنة رسول الله ﷺ» وقد ذكر مالك الأثر مختصراً وقال: «وعلى ذلك أدركت أهل العلم ببلدنا»[٢].

وهذا أيضاً نص في محل النزاع، غاية ما في الأمر أنه مرسل، ومراسيل سعيد قوية، وقد اعتضد بفتيا بعض الصحابة، وأخذ به جمهور العلماء.

---

(١) انظر الحديث في: السنن الكبرى مع الجوهر النقي: ٧/ ٧٤٠؛ المنتقى مع نيل الأوطار: ٦/ ٣٦٤؛ التلخيص الحبير: ٤/ ٨؛ التعليق المغني على الدارقطني: ٣/ ٢٩٨.

(٢) انظر: الأم: ٥/ ٩٦؛ السنن الكبرى: ٧/ ٤٦٩؛ الموطأ هامش الزرقاني: ٣/ ٢١٩.

واعترض ابن حزم: بأنه لا يلزم من قوله: سنة؛ أن يكون سنة رسول الله ﷺ، وقد يحتمل أن يريد بذلك سنة عمر.

وأجاب الصنعاني: بأن قول الراوي: من السنة، إنما يحتمل أنه يريد به سنة الخلفاء إذا لم يسأل، أما إذا سئل فإن السائل لا يريد إلا سنة رسول الله ﷺ، ولا يجيب المجيب إلا عنها، لا عن سنة غيره.

٥ ـ واحتجوا بما رواه ابن عمر: «أن عمر رضي الله عنه كتب إلى أمراء الأجناد في رجال غابوا عن نسائهم: فأمرهم أن يأخذوهم بأن ينفقوا أو يطلقوا، فإن طلقوا بعثوا بنفقة ما حبسوا» رواه البيهقي(١).

وجه الدلالة: أن عمر أمر بذلك، وقد انتشر أمره بين الصحابة فلم ينقل عن أحد منهم ما يخالفه.

واعترض ابن حزم: بأن عمر قال ذلك في رجال أغنياء، قادرين على النفقة، وليس في خبر عمر ذكر حكم المعسر، بل قد صح عنه إسقاط طلب المرأة للنفقة إذا أعسر بها الزوج، على ما نذكر بعد ذلك إن شاء الله تعالى.

لكنه لم يذكر بعد ذلك شيئاً عن عمر، إلا أن يقصد بذلك الحديث الذي جاء فيه: أنه ﷺ اعتزل نساءه شهراً، وسنذكره.

أقول: لا تزال في الأثر حجة من حيث الجملة، حيث إنه قد حكم بالتفريق بسبب عدم النفقة، سواء بسبب عدم وجود مال للزوج حاضر في محل إقامة الزوجة ينفق عليها منه، أو بسبب عدم وجود هذا المال أصلاً.

ثانياً ـ احتج أصحاب المذهب الثاني بما يلي:

١ ـ قوله تعالى: ﴿لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِۦ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُۥ فَلْيُنفِقْ مِمَّآ ءَاتَىٰهُ ٱللَّهُ لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَآ ءَاتَىٰهَا سَيَجْعَلُ ٱللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا﴾ [الطلاق: ٧].

قالوا: فإذا أعسر الزوج ولم يجد سبباً يتمكن به من تحصيل النفقة فلا تكليف عليه كما دلت على ذلك الآية.

---

(١) السنن الكبرى: الصفحة السابقة.

واعترض: بأننا لم نكلفه النفقة عند الإعسار، وإنما أثبتنا للزوجة حق طلب فسخ النكاح، لتتكسب بنفسها أو تتزوج من يعولها.

٢ ـ واحتجوا بحديث طويل رواه جابر، فيه: «أن أبا بكر وعمر دخلا على النبي ﷺ فوجداه واجماً ساكتاً، وحوله نساؤه يسألنه النفقة، فقام كل منهما إلى ابنته فوجأ عنقها، وقالا: تسألن رسول الله ما ليس عنده؟...» الحديث رواه مسلم، وفي رواية أخرى للحديث: عن ابن عباس: أن عمر قال لحفصة: «لا تراجعي رسول الله ﷺ، ولا تسأليه شيئاً، وسليني ما بدا لك»(١).

وجه الدلالة: ما فعله أبو بكر وعمر بابنتيهما بحضرة الرسول ﷺ لمطالبتهما له بالنفقة التي لا يجدها دليل على عدم مشروعية التفريق لمجرد الإعسار عنها.

قالوا: ولم يزل الصحابة منهم الموسر ومنهم المعسر، والمعسر أكثر، ولم يعلم أن رسول الله ﷺ مكن امرأة من الفسخ بسبب إعسار زوجها، ولو كان من المستقر شرعاً فسخ النكاح بسبب الإعسار لرفع ذلك إلى الرسول ﷺ ولو من امرأة واحدة، فقد رفعن شكاويهن إلى الرسول ﷺ من أجل أمور هي دون ذلك وأندر.

وأجيب: بأن زجر أبي بكر وعمر لابنتيهما عن المطالبة بما ليس عند الرسول ﷺ لا يدل على عدم جواز الفسخ بسبب الإعسار، ولم يرد أنهن طلبن الفسخ ولم يجبن إليه، بل الثابت أن رسول الله ﷺ خيرهن بعد ذلك فاخترنه،على أنه لم يثبت أنه ﷺ قد أعسر بالنفقة كلياً في يوم ما، فلعل ذلك إنما كان لأمر زائد على مجرد النفقة الضرورية.

---

(١) مسلم هامش النووي: ١٠/ ٨١ و٩١.

أقول: يرشد إلى ذلك آية التخيير، قال تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ قُل لِّأَزۡوَٰجِكَ إِن كُنتُنَّ تُرِدۡنَ ٱلۡحَيَوٰةَ ٱلدُّنۡيَا وَزِينَتَهَا فَتَعَالَيۡنَ أُمَتِّعۡكُنَّ وَأُسَرِّحۡكُنَّ سَرَاحٗا جَمِيلٗا . . .﴾ [الأحزاب: ٢٨].

فقوله: ﴿إِن كُنتُنَّ تُرِدۡنَ ٱلۡحَيَوٰةَ ٱلدُّنۡيَا وَزِينَتَهَا﴾ وقوله بعد ذلك: ﴿أُمَتِّعۡكُنَّ﴾ كل ذلك يدل بوضوح أنه ﷺ لم يكن معسراً بالنفقة الضرورية.

هذا مجمل ما احتج به الطرفان؛ وقد احتج كل منهما بأقيسة دفعها الطرف الآخر ولم أر ضرورة لذكرها، ويبدو لك من أدلة الطرفين أنها تكاد تكون متوازنة، ولم يمر دليل منها دون أن تورد عليه احتمالات ومآخذ، وبما أن المسألة موضع خلاف وفيها مجال لإبداء الرأي؛ فإنه **يبدو لي فيها** التفصيل التالي:

الزوج إذا لم ينفق على زوجته، فهذا لا يخلو إما أن يكون عن إعسار أو غيره، فإن كان غير معسر فهذا إما أن يكون له مال حاضر أو لا، فإن كان له مال حاضر، فهنا لا فسخ ولا طلاق، وإنما ينفق عليها من ماله بالمعروف: رضي بذاك أو لم يرض، علم أو لم يعلم، ويجبر على ذلك قضاء؛ وذلك لما صح عن أم المؤمنين عائشة قالت: «دخلت هند بنت عتبة: امرأة أبي سفيان على رسول الله ﷺ فقالت: يا رسول الله، إن أبا سفيان رجل شحيح، لا يعطيني من النفقة ما يكفيني ويكفي بنيّ إلا ما أخذت من ماله بغير علمه، فهل علي في ذلك جناح؟ فقال رسول الله ﷺ: **خذي من ماله بالمعروف ما يكفيك ويكفي بنيك**» متفق عليه واللفظ المسلم[(١)].

أما إذا لم يكن له حال حاضر سواء كان الزوج حاضراً أو غائباً. فهذا إن أمكن تحصيل النفقة منه ولو جبراً بواسطة القضاء، فلا يفسخ النكاح، وإن لم يمكن تحصيلها منه فللزوجة في هذه الحالة طلب الفسخ، كما هو مقتضى الأثر السابق عن عمر رضي الله عنه وعدم إنكار الصحابة عليه.

---

(١) مسلم هامش النووي: ٧/١١؛ البخاري هامش الفتح: ٣٣٨/٤.

أما إذا كان عدم الإنفاق بسبب إعسار الزوج، فهذا لا يخلو إما أن يكون قد غر الزوجة وأوهمها بأنه موسر فتزوجته بناء على ذلك أو لا: فإن كان قد غرها فلها في هذه الحالة حق طلب الفسخ كما يقول بذلك ابن القيم؛ وذلك لأنه قد غش، وما كان عن غش فليس له حرمة في الشرع؛ وقد صح عن رسول الله ﷺ أنه قال: «**من غشنا فليس منا**» رواه الحاكم بإسناد صحيح على شرط مسلم[١].

أما إذا تزوجته عالمة بإعساره، أو كان موسراً فافتقر؛ ففي هذه الحالة ننظر هل قام أحد بالإنفاق عليها من ذوي قرابتها ممن لا يعتبر في قبول النفقة منه مهانة أو مساس بالكرامة، كالأب ونحوه، فإن حصل ذلك فليس لها في هذه الحالة حق طلب الفسخ، وقد رأيت الشافعية نصوا على ذلك، ويرشد إلى ذلك قول عمر رضي الله عنه لابنته، أم المؤمنين حفصة، في الحديث السابق: «لا تسألي رسول الله ﷺ شيئاً، واسأليني ما بدا لك» وهذا لا بدّ أن يكون قد بلغ رسول الله ﷺ، فدور عمر ومواساته للرسول ﷺ في هذه القضية معروف ومشهور، على أن الناس قديماً وحديثاً لم يروا في مواساة الأسر بعضها لبعض شيئاً مهيناً، وإنما عدوه من المكرمات، وعدوا المرأة التي تحتمل ذلك في القمة من الفضل وسمو الخلق.

أما إذا لم يقم أحد ممن ذكرنا بالإنفاق عليها، فهنا ننظر: هل لها مال تنفق منه على نفسها؟ فإن كان فلا فسخ، وتنفق على نفسها من مالها، إذ غاية ما في الأمر أن الزوج معسر بالنفقة لأمر لا يد له فيه؛ فلتنفق على نفسها وتحتسب ذلك ديناً عليه بالاتفاق معه أو بقضاء القاضي، وتنظره في اقتضاء ذلك منه حتى يوسر كما يفعل أي شخص غيرها، وليس لها شيء غير ذلك، فالله تعالى يقول: ﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾ [البقرة: ٢٨٠].

---

(١) المستدرك: ٢/ ٩.

وإنما قلت هذا لما سبق ذكره؛ ولأن نصوص الشارع في الكتاب والسنة قد تظافرت على اعتبار عقد النكاح ميثاقاً غليظاً، وبما أن مال الله غادٍ ورائح؛ الموسر قد يعسر والمعسر قد يوسر، وتلك الأيام نداولها بين الناس، فكيف يصح بعد كل هذا أن يجعل أمر مثل النكاح له هذه الأهمية في مهب الريح يتبع الإيسار والإعسار؛ فندخل بذلك الوهن عليه من غير ما ضرورة تدعو إلى ذلك؟!.

أما إذا انسدت السبل، فلا مال لدى الزوجة تنفق منه على نفسها، ولم ينفق عليها قريب، والزوج معسر لا يستطيع سد خلتها، فإننا في هذه الحالة نكون قد دخلنا في حالة الضرورة، والقول حينئذ بمنعها من طلب الفسخ فيه إضرار بليغ بها لا يخفى على أحد، والقاعدة الشرعية تقول: «**لا ضرر ولا ضرار**» وهي نص حديث صحيح أخرجه الحاكم بإسناد على شرط مسلم[١].

❑❑❑

(١) المستدرك: ٢/ ٥٨.

المبحث الثاني

التفريق للغيبة

قبل أن ندخل في ذكر تفاصيل هذه المسألة ينبغي التنبه إلى أمر؛ وهو: أن الأسير في أرض العدو لا يفسخ نكاحه من زوجته، فلا تتزوج غيره ولا تقسم تركته حتى تعلم وفاته بيقين، أو يبلغ سنه منذ ولادته حدّاً لا يعيش أكثر منه عادة، واختلف في ذلك: فحده بعضهم بسبعين سنة، وزاد بعضهم على ذلك حتى أوصله البعض إلى مئة وعشرين، هذا لا أعلم فيه خلافاً بين الفقهاء ونقل البعض الإجماع على ذلك[1].

أما غير الأسير من الغائبين، فإنه فيما يتعلق بتقسيم تركته، فالأكثرون على أن حكمه في هذه الناحية كحكم الأسير الذي سبق ذكره، وفيه بعض خلاف[2].

وأما بالنسبة إلى فسخ النكاح من زوجته، وهو المقصود من هذا المبحث، فهنا ينبغي التفريق بين نوعين من أنواع الغائبين:

النوع الأول: الغائب غيبة عادية، **والنوع الثاني**: المفقود.

إذن فالمقصود بالغائب هنا: هو غير الأسير الذي سبق حكمه، وغير المفقود الذي سيأتي الكلام عنه.

---

(١) القوانين الفقهية، ص ١٨٨؛ المغني: ٩/ ١٣٠.

(٢) القوانين، ص ٢٣٨؛ شرح الدردير: ٢/ ٤٨٣.

إذا عرفت هذا **نقول**: **الغائب** إذا طلبت زوجته التفريق بينها وبينهُ فلابد هنا من النظر إلى السبب الذي من أجله طلبت التفريق، فإذا كان سبب ذلك النفقة؛ فهنا لا يخلو إما أن يكون الزوج الغائب موسراً أو معسراً، فإن كان معسراً فالخلاف فيه يعود إلى حكم التفريق بسبب الإعسار وقد ذكرناه في المبحث الأول، وإن كان موسراً ولم يترك مالاً فهنا ليس لها طلب التفريق عند من قال: ليس للزوجة طلب التفريق بسبب الإعسار، أما الذين قالوا بالتفريق للإعسار فهنا قد اختلفوا:

فقال المالكية: إذا لم يترك مالاً ولا وكل وكيلاً ولا أسقطت عنه النفقة حال غيابه، فهذا إن كان لا يعلم مقره، أو علم ولكن كان بعيداً كمسافة عشرة أيام، فإن القاضي في هذه الحالة يؤجله مدة يجتهد في مقدارها، وعبارات المالكية في تحديد المدة تدور ما بين الشهر والشهرين، فإذا انقضى الأجل ولم يقدم الزوج ولا بعث بنفقة ولا ظهر له مال وثبت هذا عند القاضي، فإن له أن يطلق عليه، أما إذا كان قريب المكان، كمسافة ثلاثة أيام، فهذا ينذره القاضي ويرسل إليه: إما أن يأتي، أو يرسل بالنفقة، أو يطلق عليه.

ومذهب الحنابلة شبيه بذلك؛ فقد قالوا: إذا لم يستطع القاضي تحصيل النفقة من مال الغائب أو وكيله فإن للزوجة طلب الفسخ.

أما الشافعية والإمامية فقد اختلفوا: فمنهم من جعل للزوجة حق طلب الفسخ عند تعذر الإنفاق، ومنهم من منع ذلك[1].

أما إذا كان سبب طلب التفريق أمراً آخر غير النفقة، مما تدعو الفطرة إليه، فهنا قد اختلفوا، فالأكثرون على أنه ليس لها طلب التفريق.

وتكلم المالكية والحنابلة في المسألة:

---

(١) فتاوى المغربي، ص ١٨٥؛ الدردير مع الدسوقي: ٢/ ٥١٩؛ القوانين، ص ١٨٧؛ المغني: ٩/ ٢٤٦؛ فتح القدير: ٣/ ٣٢٨؛ منهاج الصالحين: ٢/ ٣٠٥ و٣٢١.

فقال الحنابلة: ليس للرجل أن يغيب عن زوجته بغير عذر أكثر من ستة أشهر، فإن غاب أكثر من ذلك من غير عذر وعلم مكانه كتب إليه الحاكم، فإن أبى أن يرجع كان للمرأة طلب الفسخ، وحجتهم في ذلك حادثة رويت عن عمر رضي الله عنه خلاصتها: أنه سمع شعراً من امرأة غاب عنها زوجها في الجهاد، وفهم من الشعر الذي رددته أنه لولا خشية الله تعالى لوقعت في المعصية، فلما سمع ذلك دخل على ابنته أم المؤمنين حفصة، فقال: يا بنية! كم تصبر المرأة عن زوجها؟ فقالت: سبحان الله، مثلك يسأل مثلي عن ذلك؟! فقال: لولا أني أريد النظر للمسلمين ما سألتك، فقالت: خمسة أشهر، ستة أشهر، فبعث عمر إلى المرأة امرأة تكون معها، وأرسل إلى زوجها فأعاده، ووقَّت للناس في المغازي ستة أشهر: يسيرون شهراً، ويقيمون أربعة أشهر، ويسيرون شهراً راجعين[1].

أما المالكية فإنهم قد فصلوا ووضعوا شروطاً حاصلها: أن الزوجة إذا تضررت بالغيبة بحيث خشيت على نفسها الوقوع في الزنى، وطالت المدة ـ وقد قدرها بعضهم بسنة، وقدرها آخرون بما زاد على ثلاث سنين ـ فإن طلبت الزوجة الفسخ بسبب ذلك، فهنا ينظر: فإذا كان الزوج معلوم المكان وأمكن إيصال الرسائل إليه فإنه يكتب إليه: بالحضور، أو ترحيل زوجته إليه، أو يطلق، فإن امتنع، فإذا علم القاضي أن امتناعه عن تعنت كان له أن يطلق عليه فوراً، وإلا فإن للقاضي أن يمهله مدة يجتهد في مقدارها لعله يعود عما هو عليه، فإن مضت المدة ولم يعد طلق عليه، أما إذا لم يعلم مكان الزوج، أو كان في مكان تتعذر مراسلته إليه، فإنه يسقط شرط المراسلة فقط.

وتبقى بقية الشروط على حالها، أي: ليس للقاضي إيقاع الطلاق إلا إذا طالت المدة على نحو ما ذكرته، وخشيت المرأة الوقوع في الزنى، كما

(١) المغني: ٨/ ١٤٣.

أن له أن يجتهد في إيقاع الطلاق فور طلب الفسخ أو تأجيلها إلى مدة يحددها باجتهاده[(١)].

ورأي المالكية فيما أرى ظاهر الجودة، فالرسول ﷺ يقول: «**لا ضرر ولا ضرار**» ولا أعلم ضرراً يمكن أن يلحق بالمرأة أكبر من إيصالها إلى درجة يخشى عليها معها من السقوط في المعصية.

أما المفقود: وهو الذي فقد بغيبة منقطعة ولا يعلم عنه شيء؛ فهذا قد اختلف الفقهاء في أمر زوجته:

فذهب بعضهم إلى: أنها تنتظر وتبقى على نكاحها، حتى يثبت طلاق الزوج أو موته، وزاد غير الظاهرية ممن نذكرهم: أو تمضي مدة لا يعيش في الغالب أكثر منها على نحو ما ذكرته سابقاً.

وإليه ذهب أبو حنيفة، والشافعي في الجديد، والظاهرية، والزيدية، وهو مذهب الإمامية فيما إذا وجد ولي ينفق عليها من ماله أو من مال المفقود، أما إذا تعذر الإنفاق عليها، فالمشهور من مذهب الإمامية: أن لها أن ترفع أمرها إلى الحاكم فيؤجلها أربع سنين يبحث خلالها عن المفقود، فإن علمت حياته صبرت، وإن علمت وفاته اعتدت، وإن مضت المدة ولم يعلم عنه شيء أمر القاضي وليه بالتطليق، فإن أبى أو لم يكن طلق القاضي، واعتدت عدة الوفاة، فإذا انقضت العدة أصبحت أجنبية عن زوجها، حتى لو عاد فلا سبيل له عليها، وقول الإمامية هذا عائد إلى الإعسار بالنفقة، وقد سبقت الإشارة إليه عند الكلام عن الغائب، لكن نقل عن بعض كبارهم: أن زوجة المفقود إذا خشي عليها الوقوع في الزنى جازت المبادرة إلى طلاقها من غير حاجة إلى ما ذكر من أجل ونحوه[(٢)].

---

(١) شرح الدردير مع حاشية الدسوقي: ٢/ ٤٣١ و٤٧٩.

(٢) انظر: فتح القدير: ٤/ ٤٤٣ وما بعدها؛ مغني المحتاج: ٣/ ٣٩٧؛ المحلى: ١٠/ ١٣٤؛ منهاج الصالحين: ٢/ ٣١٩ وما بعدها.

هذا رأي بعض الفقهاء، بينما ذهب كثير منهم إلى غير ذلك: ففصل المالكية المسألة بما حاصله:

أن من فقد في بلاد الإسلام بغير قتال يبحث عنه الحاكم، فإن لم يجده أجل زوجته أربع سنين، ثم اعتدت عدة الوفاة وحلت، أما من فقد في بلاد غير المسلمين فحكمه حكم الأسير وقد سبق، وأما من فقد في القتال: فهذا إذا كان قد فقد في قتال بين المسلمين، وشهد شهود بأنه قد حضر القتال فعلاً، فهذا يفتش عنه ويستقصى أمره، فإن لم يعلم عنه شيء، اعتدت زوجته عدة الوفاة وحلت، ومثل هذا حكم من فقد في بلد انتشر فيه وباء: كالطاعون ونحوه، أما إذا شهد الشهود أنه خرج مع الجيش فقط دون أن يعلم ما إذا كان قد حضر القتال أم لا؛ فهذا حكمه حكم المفقود في بلاد المسلمين، وقد سبق، أما المفقود في قتال بين المسلمين والكفار فهذا يستقصى خبره؛ فإن لم يعلم عنه شيء أجل الحاكم زوجته سنة، من حين رفع الأمر إلى الحاكم أو من حين استقصاء خبره على خلاف بين المالكية في ذلك، فإذا انقضت السنة ولم يظهر له أثر اعتدت زوجته وقسمت تركته[1].

بينما روي تأجيل زوجة المفقود أربع سنين من غير تفصيل بين مفقود بقتال من غيره عن عمر، وعثمان، وعلي، وابن عمر، وابن عباس، وابن الزبير، وكثير من التابعين ومن بعدهم، وإليه ذهب أحمد، والشافعي في قوله القديم، إلا أن أحمد قيد ذلك بمن غاب غيبة ظاهرها الهلاك، أما من انقطع خبره لغيبة ظاهرها السلامة، كسفر تجارة في غير مهلكة، فإن رأيه في هذا موافق لرأي أبي حنيفة ومن سبق ذكره[2].

الأدلــة ومناقشتها

احتج الحنفية ومن وافقهم:

---

(١) شرح الدردير مع حاشية الدسوقي: ٢/ ٤٧٩ - ٤٨٣.

(٢) انظر: المنتقى شرح الموطأ: ٤/ ٩٠؛ مغني المحتاج: ٣/ ٣٩٧؛ المغني: ٩/ ١٣١ و١٣٢.

بما روي عن المغيرة: أن النبي ﷺ قال: «**امرأة المفقود امرأته حتى يأتيها الخبر**» أي: خبر موته. رواه الدارقطني.

لكن هذا الحديث في إسناده أكثر من راو متروك؛ فلا يحل الاحتجاج به[١].

واحتجوا أيضاً: بأنه قد روي عن علي أنه قال في امرأة المفقود: «هي امرأة ابتليت، فلتصبر حتى يأتيها موت أو طلاق».

قالوا: وعن ابن مسعود مثله.

لكن هذه روايات مرسلة، والموصولة الصحيحة عن علي هي التي ذكرناها فيما سبق[٢].

إذا عرفت هذا فإن الروايات الثابتة عن الخلفاء الثلاثة: عمر وعثمان وعلي؛ خلاصتها: أن زوجة المفقود إذا رفعت الأمر إلى الحاكم فإنه يؤجلها أربع سنين من حين رفع الحكم إليه، فإذا مضت وأرادت الطلاق أمر وليه أن يطلق؛ فإذا طلق اعتدت المرأة عدة الوفاة، فإذا انتهت العدة جاز لها أن تتزوج، ولو جاء زوجها الأول بعد ذلك فإنه يخير بين الصداق وبين أن تعود امرأته إليه[٣].

وقبل أن أذكر الرأي الذي أختاره في هذه المسألة لابد من بيان عدة أمور:

الأول: هل هناك حاجة إلى تطليق المرأة قبل أن تبدأ العدة؟ المنصوص عن الخلفاء الراشدين أنه لابد من ذلك[٤].

---

(١) انظر، فتح القدير ٤/ ٤٣٤؛ المغني: ٩/ ١٣٣ و١٣٤.

(٢) انظر: المصدرين السابقين.

(٣) انظر: هذه الآثار في المصدرين السابقين؛ المحلى: ١٠/ ١٣٤ وما بعدها؛ الموطأ هامش المنتقى: ٤/ ٩٠؛ التلخيص: ٣/ ٢٣٥ وما بعدها.

(٤) على القول القديم الشافعي: إذا انقضت المدة هل هناك حاجة إلى الحكم بالتفريق؟ وجهان: الأول: لا يحتاج، والثاني: لابد من الحكم بالفرقة. المهذب: ٢/ ١٤٦.

الثاني: لو اختار الأول بعد عودته الصداق، فأي صداق يأخذ؟ قال ابن حزم: جمهور القائلين بهذا القول ذهبوا إلى أن الأول يأخذ الصداق الذي كان قد دفعه هو، ويأخذه من الثاني.

الثالث: لو اختار الأول عود المرأة إليه فمتى يكون له ذلك؟ وكيف؟ الذي عليه الخلفاء الراشدون أن له ذلك سواء دخل بها الثاني أو لا، وبذلك قال أحمد. وقال مالك: الأول أحق بها ما لم يدخل بها الثاني أو يختلِ بها خلوة صحيحة. وقالت الإمامية وبعض أصحاب أحمد: إذا انقضت العدة فلا سبيل للأول عليها.

وأولى الأقوال بالاعتبار ما ذهب إليه أحمد، وذلك لأن ما ذهب إليه موافق لقضاء الراشدين، وحكم المسألة أخذ عنهم.

الرابع: هل يحتاج عودها للأول إلى طلاق من الثاني، وعدة وعقد جديد؟ بالنسبة لوجوب الطلاق من الثاني، في مذهب أحمد قولان: أحدهما يجب الطلاق، والآخر قال: لا يجب.

أما بالنسبة للعدة من الثاني قبل العود للأول فهي واجبة بلا خلاف.

وأما بالنسبة لوجوب عقد جديد لزوجها الأول عليها فإني لا أعلم أحداً من متأخري الفقهاء صرح بوجوبه، بل المنصوص في مذهب أحمد: أنها تعود إليه بالعقد الأول.

إذا عرفنا هذا، فإن الذي أراه راجحاً في المسألة كلها هو ما يلي:

هذه المسألة لم يرد في بيان حكمها نص في الكتاب أو حديث صحيح عن رسول الله ﷺ، وإنما ثبت عن الراشدين القضاء فيها، وحيث كان الأمر كذلك فإن اتباعهم في ذلك أمر لابد منه؛ لأن حكمهم فيها شاع وانتشر، ولم يعلم من طريق صحيح عن أحد من الصحابة أنه خالف ذلك، فكان هذا بمثابة الإجماع، وعليه فإذا حصلت قضية كهذه فإنه لا يجوز للأفراد الاستبداد بها، لكن إذا رأت المرأة أنها قد تضررت بسبب فقد زوجها

وأرادت إزالة هذا الضرر فإن عليها في هذه الحالة رفع ذلك إلى ولي الأمر أو القضاء النائب عنه، فإذا رفع الأمر فلابد من ضرب مدة أربع سنين واستقصاء البحث عن المفقود، فإذا لم يعلم عنه شيء حتى انقضت المدة وطلبت الزوجة التفريق، فلابد من أن يأمر القاضي الولي بإيقاع الطلاق، فإن لم يفعل أو لم يوجد ولي حكم القاضي بالتفريق؛ فالتفريق القضائي أمر لابد منه: إما بإيقاع الولي الطلاق بأمر القاضي، وإما بتفريق القاضي نفسه، أما ما قاله البعض[1]: من أن الولي لا يحق له إيقاع الطلاق، وأن التفريق لا معنى له؛ لأن أمرها بعدة الوفاة معناه: حكم عليه بالموت.

فالجواب عليه: أننا في أمر من أمور النكاح، والاحتياط فيه أمر لابد منه بالاتفاق، وهذا ما فعله الخلفاء الراشدون: فحكموا بإيقاع الطلاق، لاحتمال أن المفقود ما زال حيّاً، وحكموا بعدة الوفاة؛ لاحتمال وفاته، وهكذا حصل الاحتياط لشتى الاحتمالات.

أما القول: بأن الولي لا يحق له إيقاع الطلاق، فهذا أمر مسلم، ولكننا لم نقل بأن التفريق قد حصل بتطليق الولي، وإنما بأمر القاضي للولي بالتطليق، والفرق بين الأمرين واضح، فالاعتماد هنا على قضاء القاضي، وأمر الولي بإيقاع الطلاق احتياط آخر. فإذا حصل ذلك وجب على المرأة أن تعتد عدة الوفاة، فإذا انقضت عدتها حل لها الزواج، فإذا جاء الزوج وقد تزوجت من آخر، فهو بالخيار بين أن يأخذ من الثاني الصداق كما سبق، أو عود المرأة إليه؛ فإن اختار الصداق استمرت مع الثاني، وهل يجب على الثاني تجديد العقد؟ الصحيح من مذهب أحمد وجوب تجديده، **والذي يبدو لي**: أن ذلك أحوط لكنه لا يجب؛ وذلك لأن فرقة الزوجة عن الأول جاءت بتفريق قضائي صحيح مستوفٍ لجميع الشروط، وتوفرت فيه جميع الاحتياطات اللازمة، وجاء عقد الثاني على المرأة بناء على هذا التفريق،

---

(١) انظر: المغني: ٩/ ١٣٥.

فيكون عقداً صحيحاً؛ فإذا لم يختر الزوج الأول إبطاله دفعاً للضرر عنه لتعود إليه امرأته فإنه لا يبطل. وقد وقعت مثل هذه الحادثة في عهد الراشدين ولم يختر الأول الرجوع إلى امرأته، ومع ذلك لم يرد في شيء من الروايات أنهم أمروا الثاني بتجديد العقد.

أما إذا اختار الأول عود المرأة إليه فهنا لابد من حكم قضائي بالتفريق من الثاني والرد على الأول، أو ما يقوم مقام ذلك؛ وهو طلاق الثاني وعقد الأول عليها؛ ولابد قبل عود الأول إليها من أن تعتد من الثاني، أما القول بأن التفريق والرد لا حاجة إليهما لأنه قد تبين بطلان العقد الثاني[1]، فهذا فيه نظر، وذلك لما قلته قريباً: من أن هذا العقد صحيح حيث قد بني على تفريق صحيح، غايته أن هذا التفريق قد أوقع ضرراً بالزوج الأول، من حقه أن يطلب دفع الضرر عنه بعود زوجته إليه، ولكن هذا الضرر لم يقع جزافاً وإنما من طريق حكم قضائي، والحكم القضائي له اعتبار فلا ينقض جزافاً، وإنما لابد من حكم قضائي آخر ينقضه؛ وإنما قلت: إن طلاق الثاني وعقد الأول من جديد يقومان مقام القاضي بالتفريق والرد؛ ذلك لأنهما يؤديان نفس الغرض في الوقت الذي يتفوق فيه هذا الإجراء على الحكم القضائي في الحسم وفي دفع أية شبهة؛ لذا فالذي أراه: هو أن يأمر القاضي الثاني بالطلاق، فإن أبى حكم هو بالتفريق، ثم لابد من العدة، ثم بعد ذلك عقد جديد للأول أو حكم بالرد.

وما قلته صحت فيه الرواية عن عمر رضي الله عنه:

ففي إحدى وقائع هذه المسألة: جاء المفقود إلى عمر بعد أن تزوجت امرأته فقال له عمر: «إن شئت رددنا إليك امرأتك، وإن شئت زوجناك غيرها» وفي رواية: «فخيره عمر بين امرأته وبين الصداق، فاختار الصداق»[2].

---

(١) المغني: ٩/ ١٣٧.

(٢) المحلى: ١٠/ ١٣٤؛ نصب الراية: ٣/ ٤٧٢؛ المغني: ٩/ ١٣٤؛ التلخيص: ٣/ ٢٣٧.

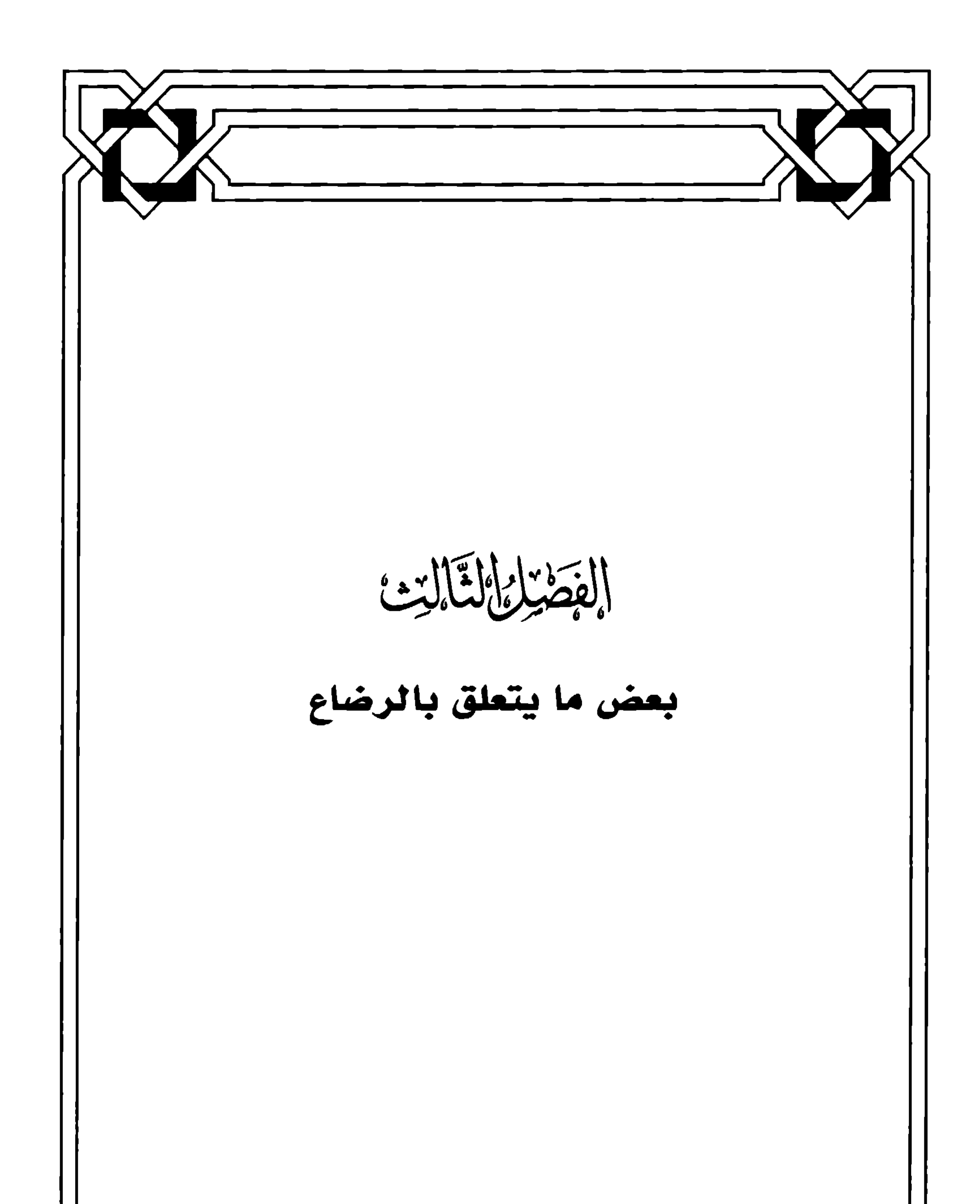
وفي واقعة أخرى: «أن امرأة غاب زوجها، فأتت عمر فأجلها، ثم أمرها أن تتزوج ففعلت، فلما عاد زوجها الأول خيَّره عمر بين امرأته وبين الصداق، فاختار امرأته، ففرق عمر بينهما وردها إليه».

فانظر النص في الرواية الأولى: «إن شئت رددنا إليك امرأتك» وفي الرواية الثانية: «ففرق عمر بينهما وردها إليه» كلها تدل على أن الأفراد لا يستبدون بشيء، وإنما لابد من حسم ولي الأمر أو القضاء لهذا الأمر، فمسألة كهذه يجب أن لا يترك فيها مجال لشبهة.

بقي أن نعرف: أن القاضي إذا حكم بالتفريق، ثم عاد الزوج قبل أن تتزوج من آخر فما هو الحكم؟.

الذي يبدو لي قياساً على ما سبق: أنه إذا عاد قبل انقضاء العدة، فهنا إما أن يراجع زوجته، أو يطلب من القاضي إبطال حكم التفريق، وإن عاد بعد انتهاء العدة: فإما أن يعقد عقداً جديداً أو يطلب إبطال الحكم. والله أعلم.





الفصل الثالث

بعض ما يتعلق بالرضاع

بعض ما يتعلق بالرضاع

الرضاع ينشر الحرمة، فتكون المرضعة بمثابة الأم للرضيع، وزوجها بمثابة الأب وهكذا، وقد حصل خلاف بين الفقهاء في مواضع عدة، من هذا الفصل، المقرر منها في دراستنا موضوع واحد هو: «المقدار المحرم من الرضاع» لكن قبل ذلك أشير إلى قضية مهمة وهي: السن الذي يكون الرضاع فيه محرماً.

فأقول: الجمهور على أن الرضاع ينشر الحرمة إذا كان الرضيع دون الحولين، وبعضهم قال: ما لم يتجاوز عمره ثلاثين شهراً، ولم يفرق بعضهم بين رضاع الصغير والكبير.

ويلاحظ أيضاً: أن الجمهور اعتبروا الرضاع محرماً ولو لم يرتضع الرضيع مباشرة من الثدي. ولم يجعله الظاهرية محرماً إلا إذا كان الرضاع مباشراً.

بعد هذا ننتقل إلى الموضوع المقرر؛ وهو: **المقدار المحرم من الرضاع**.

اختلف الفقهاء هنا على عدة مذاهب؛ أهمها خمسة:

المذهب الأول: قليل الرضاع وكثيره في التحريم سواء، فمتى تيقنَّا من وصول شيء إلى جوف الرضيع فقد ثبت حكم الرضاع في نشر الحرمة. وهذا مذهب جمهور الفقهاء، وبه قال أبو حنيفة، ومالك، والزيدية، وهو رواية عن أحمد.

المذهب الثاني: الكمية المحرمة: ثلاث رضعات فصاعداً. وبذلك قال داود، وأحمد في رواية.

المذهب الثالث: خمس رضعات فصاعداً. وبه قال الشافعي، وابن حزم. وهو الصحيح من مذهب أحمد.

المذهب الرابع: عشر رضعات، وهو رواية عن الإمامية.

المذهب الخامس: خمس عشرة رضعة فصاعداً، أو رضاع يوم وليلة؛ هذا هو الصحيح عند الإمامية؛ وقولهم برضاع يوم وليلة يجعل مذهبهم قريباً من مذهب الشافعي؛ لأن الشافعي اشترط خمس رضعات مشبعات، ولا يرتضع الطفل في اليوم والليلة أكثر منها.

وفيما عدا الخامس فإنه بكل واحد من هذه المذاهب قال بعض الصحابة والتابعين[١].

الأدلة ومناقشتها

أولاً ـ احتج أصحاب المذهب الأول بما يلي:

١ ـ قوله تعالى: ﴿وَأُمَّهَٰتُكُمُ ٱلَّٰتِيٓ أَرۡضَعۡنَكُمۡ﴾ [النساء: ٢٢].

وجه الدلالة: أن الآية مطلقة لم تذكر عدداً، والأخبار قد اختلفت في ذكر العدد، فوجب الرجوع إلى أقل ما ينطلق عليه الاسم.

٢ ـ واحتجوا ببعض الأحاديث المطلقة في الرضاع، منها قوله ﷺ: «**يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب**» متفق عليه. واللفظ لمسلم[٢]. فقد علق ﷺ التحريم على مطلق الرضاع من غير ذكر عدد.

---

(١) مصنف عبد الرزاق: ٧/ ٤٦٨؛ الموطأ مع الزرقاني: ٣/ ٢٤٠؛ السنن الكبرى: ٧/ ٤٥٨؛ فتح القدير: ٣/ ٢؛ المهذب: ٢/ ١٦٦؛ القوانين، ص ١٧٨؛ الإشراف للبغدادي: ٢/ ١٧٤؛ المغني: ٩/ ١٩٢؛ المحلى: ١٠/ ٩١؛ شرح مسلم: ١٠/ ٢٩؛ شرائع الإسلام: ٢/ ٢٨٢؛ البحر الزخار: ٤/ ٢٦٤.

(٢) البخاري هامش الفتح: ٩/ ١٢٠؛ مسلم هامش النووي: ١٠/ ٢٤.

٣ ـ وصح عن عقبة بن الحارث: أنه تزوج أم يحيى بنت أبي إهاب، فجاءت أمة سوداء فقالت: قد أرضعتكما، قال: فذكرت ذلك للنبي ﷺ فأعرض عني، قال: فتنحيت فذكرت ذلك له، فقال: «**وكيف وقد زعمت أنها قد أرضعتكما؟!**» رواه البخاري[١].

فقد أمر ﷺ عقبة بفراق زوجته بمجرد إخبار المرأة بأنها قد أرضعتهما من غير أن يستفصل عن مرات إرضاعها لهما؛ فلو كان العدد مشترطاً لاستفصل قبل الحكم.

وأجيب: بأن هذه كلها إطلاقات قيدت بالأحاديث التي اشترطت العدد وستأتي.

وربما احتجوا بحديث روي عن أم الفضل بنت الحارث قالت:

سئل رسول الله ﷺ عما يحرم من الرضاع، فقال: «**الرضعة والرضعتان**» رواه ابن حزم؛ فهذا لا يصح الاحتجاج به: لأنه روي بإسناد ضعيف، حتى قال ابن حزم: هو موضوع[٢].

ثانياً ـ ومن الحجة لأصحاب المذهب الثاني ما يلي:

فقد صح عن أم الفضل: «أن رجلاً من بني عامر قال: يا نبي الله، هل تحرم الرضعة الواحدة؟ قال: **لا**» وعنها: أنه ﷺ قال: «**لا تحرم الرضعة ولا الرضعتان**» رواهما مسلم[٣].

فهذا دليل صريح على أن مطلق الرضاع لا يحرم، وإنما لابد من اشتراط العدد.

---

(١) البخاري: ٥/ ١٩٨ و١٣١.
(٢) المحلى: ١٠/١٦.
(٣) مسلم: ١٠/٢٨.

وقد استدل بمفهوم هذا الحديث من اشترط ثلاث رضعات فصاعداً، لكن يرد عليه: أن هذا استدلال بالمفهوم، يعارضه منطوق أحاديث أخرى ستأتي، فلا يصح الاحتجاج به.

ثالثاً ـ واحتج من اشترط خمس رضعات:

بما صح عن أم المؤمنين عائشة قالت: «كان فيما نزل من القرآن عشر رضعات معلومات يحرمن، ثم نسخن بخمس معلومات، فتوفي رسول الله ﷺ وهن فيما يقرأ من القرآن» رواه مسلم[١].

واعترض على الاحتجاج بهذا الخبر: بأن عائشة لم ترو هذا على أنه حديث حتى يتم الاحتجاج به، وإنما روته على أنه قرآن، والقرآن لا يثبت بخبر الآحاد، وإنما لابد فيه من التواتر، فهذا الخبر ليس بحديث وليس بقرآن؛ فكيف يحتج به؟.

وأجيب: بأن عائشة قد ذكرت أن هذا صادر عن رسول الله ﷺ، والصادر عنه إذا لم يثبت قرآناً فلا أقل من أن يكون سنة آحاد، إن صح إسنادها وجب العمل بها، وهي هنا صحيحة الإسناد.

على أن قول أم المؤمنين: «فتوفي رسول الله ﷺ وهن فيما يقرأ من القرآن» يحتمل أن يكون عائداً على العشر المنسوخة، أي: كان يقرؤها من لم يعلم نسخها، أما بالنسبة للخمس فقد جاء في بعض الروايات: «فنسخن بخمس معلومات» من غير أن تذكر نزولاً، وجاء في رواية أخرى: «ثم نزل أيضاً: خمس معلومات» لكنها لم تذكر أنها نزلت في القرآن، وإنما ذكرت أنها نزلت ناسخة للعشر، وهذا معلوم، فإن النسخ لا يكون إلا بوحي نازل، لكن لا يشترط في الوحي النازل أن يكون قرآناً، بل قد يكون سنة، فإن السنة أيضاً آتية عن الله تعالى، فالله تعالى يقول: ﴿وَمَا يَنطِقُ عَنِ ٱلْهَوَىٰٓ ۝٣ إِنْ

---

(١) مسلم هامش النووي: ٠/٢٨.

هُوَ إِلَّا وَحْيٌ يُوحَىٰ ﴾ [النجم: ٣-٤] وحيث كان الأمر كذلك فإن النسخ هنا قد جاء بالسنة، فيكون الحديث سنة صحيحة، ويزول الإشكال الذي أورد عليه.

على أنه قد صح في المسألة حديث آخر، فقد روت أم المؤمنين عائشة في قصة سالم مولى أبي حذيفة حديثاً ذكرت فيه: أن أبا حذيفة كان قد تبنى سالماً في الجاهلية، فنسخ الله تعالى التبني، ثم قالت: «فجاءت سهلة فقالت: يا رسول الله! إنا كنا نرى سالماً ولداً يأوي معي ومع أبي حذيفة، وقد أنزل الله فيه ما علمت، فقال النبي ﷺ: «**أرضعيه خمس رضعات**» وكان بمنزلة ولدها من الرضاعة. رواه عبد الرزاق وصححه ابن حزم[1].

وجه الدلالة: في قوله: «**أرضعيه خمس رضعات**» فهي دليل على أن الخمس يحرمن وأن ما دونهن لا يحرم، وإلا لما كان للتحديد بهذا العدد معنى.

وقد احتج بهذا الحديث من جعل رضاع الكبير محرماً، وسلك به من اشترط الرضاع في الصغر مسالك شتى ليس هنا موضع ذكرها، منها أن هذا خصوصية في سالم، وعلى أية حال فهذا كله لا يؤثر في صحة الاستدلال بالعدد المذكور فيه.

رابعاً ـ واحتج من اشترط العشر:

بنفس حديث أم المؤمنين عائشة، فقد جاء في إحدى رواياته: أنه ﷺ قال لسهلة: «**أرضعيه عشر رضعات**» رواه ابن حزم.

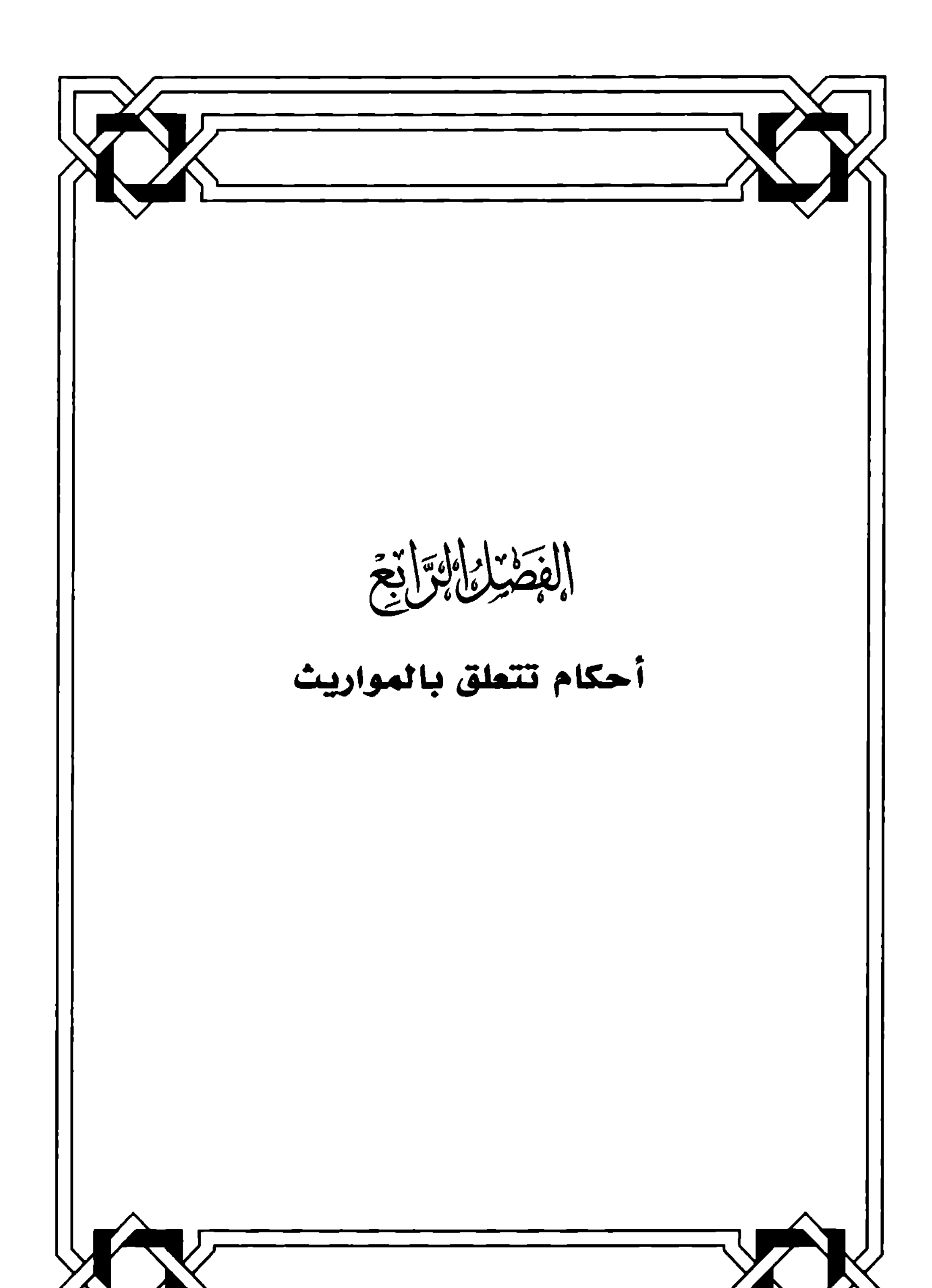
لكنه دفع الاحتجاج به: بأن الحديث مروي عن الزهري: وقد روى عنه رواية العشر محمد بن إسحاق، وروى عنه رواية الخمس ابن جريج؛ ولا شك أن ابن جريج أحفظ وأكثر ضبطاً من ابن إسحاق، لذلك تقدم رواية ابن جريج. ولم أعثر على حديث فيه ذكر لخمس عشرة رضعة.

---

(١) مصنف عبد الرزاق: ٧/ ٤٦؛ المحلى: ١٠/ ١٥.

لذلك فأقوى المذاهب من حيث الدليل هو مذهب الشافعي ومن وافقه، ومن علم بالرضاع قبل حصول النكاح فالأحوط له الأخذ بما ذهب إليه الجمهور.

❑ ❑ ❑



الفصل الرابع

أحكام تتعلق بالمواريث

تمهيد

المواريث باب واسع من أبواب الفقه الإسلامي، والمطلوب منا في هذه المرحلة دراسته دراسة مقارنة موضعان؛ هما: **حكم التعصيب، وحكم العول**، وسأفرد لكل منهما مبحثاً، لذلك فإن هذا الفصل سيتضمن مبحثين:

❑❑❑

المبحث الأول
التعصيب

ليس المقصود هنا دراسة التعصيب من حيث كونه جزءاً من المواريث، فلا بد أن يدرس دراسة تطبيقية، فهو من هذه الناحية قد درسه الطالب في مرحلة سابقة. وإنما ندرسه هنا من حيث كونه قضية خلافية، بمعنى: هل هناك إرث بالتعصيب أم لا؟ هذا هو الذي يعنينا هنا.

ومع هذا فلابد من تمهيد موجز يلقي الضوء على سبب الخلاف؛ **فأقول**:

أسباب الإرث ثلاثة، الموجود منها في الواقع العملي الآن اثنان[١]؛ هما:

١ ـ **النكاح**: وهذا سبب من أسباب الإرث، لا خلاف فيه؛ فكل من الزوجين يرث الآخر، على ما هو منصوص عليه في كتاب الله تعالى، ما لم يقم مانع من موانع الإرث.

٢ ـ **النسب**: أي القرابة، وهذا باعتباره سبباً من أسباب الإرث لا خلاف فيه من حيث الجملة، وإنما حصل خلاف في بعض أنواعه، كما حصل خلاف في طريقة التوريث به.

وفيما يلي أشير بإيجاز إلى الخلاف الحاصل في هذه القضية بين الجمهور والإمامية:

---

(١) كان هناك سبب آخر هو الإرث بالولاء، لم يعد له وجود الآن.

أما الجمهور: فقد قسموا الوارثين بالقرابة إلى ثلاثة أقسام، هم:

أصحاب الفروض، والعصبات، وذوو الأرحام.

القسم الأول: أصحاب الفروض:

وهم المنصوص على حقوقهم في التركة: نصفاً، أو ربعاً، أو ثمناً، أو ثلثين، أو ثلثاً، أو سدساً.

وسموا أصحاب فروض، لأن نصيبهم في التركة فرض، أي: حدد وقدر. وأصحاب الفروض اثنا عشر، هم:

١ ـ الأب. ٢ ـ الأم. ٣ ـ الجد الصحيح. ٤ ـ الجدة الصحيحة. ٥ ـ البنت. ٦ ـ بنت الابن وإن نزل الابن. ٧ ـ الأخ لأم. ٨ ـ الأخت الشقيقة. ٩ ـ الأخت لأب. ١٠ ـ الأخت لأم، فهؤلاء عشرة من الأقارب يضاف إليهم: ١١ ـ الزوج. ١٢ ـ الزوجة.

والجد الصحيح: هو الذي لا يتوسط بينه وبين المتوفى أنثى.

والجدة الصحيحة: هي التي لا يتوسط بينها وبين المتوفى جد غير صحيح. فتشمل: أم الأب وإن علا، وأم الأم وإن علت، كل أولئك جدات صحيحات. أما أم أبي الأم فهي جدة غير صحيحة.

وهؤلاء يرثون ما لم يحجبهم عن الإرث حاجب أو يمنعهم مانع.

القسم الثاني: العصبات:

وهم: الأقارب الذين لا تتوسط بينهم وبين الميت أنثى إذا كانوا ذكوراً، وكذلك إذا كنَّ إناثاً ذوات فروض ولم يأخذن فرضهن بسبب وجود عصبة في طبقتهن أو في حكم من يكون في طبقتهن فعصبهن، وكذلك إذا كن إناثاً فقمن مقام الذكور بدليل من أدلة الشرع.

وبذلك يتبين أن العصبات ثلاثة أنواع:

النوع الأول: عصبة بنفسه:

وهو الذكر الذي لا يتوسط بينه وبين الميت أنثى، وهي تنحصر في أربع جهات هي:

أ ـ **البنوة:** وتشمل فرع الإنسان من الذكور مهما نزل: كالابن وابن الابن وهكذا.

بَ ـ **الأبوة:** وهي تشمل أصل الإنسان من الذكور وإن علا: كالأب والجد وجد الأب وهكذا.

ج ـ **الأخوة:** وهي تشمل فرع الأب من الذكور مهما نزل: كالأخ الشقيق أو لأب وأبنائهما وإن نزلوا.

د ـ **العمومة:** وهي تشمل فرع الجد من الذكور مهما نزل: كالعم الشقيق أو لأب وأبنائهما وإن نزلوا.

والعصبة يأخذون جميع المال عند عدم وجود صاحب فرض، فإن وجد صاحب فرض أخذ العصبة ما زاد عن أصحاب الفروض، هذا بطبيعة الحال إذا لم يسقط العصبة صاحب الفرض بأن يحجبه عن نصيبه.

وجهات العصبة المذكورة ليست على وجه واحد في استحقاقهم في الإرث، وإنما هم من حيث الجهة مرتبون وفق الترتيب المذكور: فالأب لا يأخذ بالتعصيب شيئاً مع وجود جهة البنوة، وإنما يأخذ بالفرض فقط. وتسقط جهة الأخوة بجهة البنوة وبالأب، ومع وجود أحد من الجهات الثلاثة تسقط جهة العمومة.

وعند اتحاد الجهة يكون الاعتبار بالدرجة لاستحقاق الإرث: فمع وجود الابن لا يرث ابن الابن، ومع وجود الأب لا يرث الجد، وعند تساوي الجهة والدرجة يتقدم الأقوى قرابة: فالأخ الشقيق مقدم على الأخ لأب، والعم الشقيق مقدم على العم لأب.

النوع الثاني: عصبة بغيره:

وهي الأنثى التي يعصبها أخوها: وهي البنت وبنت الابن وإن نزل الابن، والأخت الشقيقة والأخت لأب واحدة كانت أو أكثر. ويكون الإرث هنا للذكر مثل حظ الأنثيين.

النوع الثالث: عصبة مع الغير:

وهي الأنثى التي تكون عصبة بالبنت أو بنت الابن واحدة فأكثر في حال عدم وجود عاصب لها. وهي: الأخت الشقيقة والأخت لأب واحدة كانت أو أكثر، وذلك لقوله ﷺ: «**اجعلوا الأخوات مع البنات عصبة**» وسيأتي تخريج هذا الحديث.

القسم الثالث: ذوو الأرحام:

وهم أقرباء الميت الذين لا يرثون بفرض ولا تعصيب، وهم الخال والخالة، والجد لأم، وولد البنت، وولد الأخت، وبنت الأخ، وبنت العم، والعمة، والعم لأم، وابن الأخ لأم، ومن أدلى إلى الميت بهؤلاء.

وهؤلاء يرثون إذا لم يوجد من يحوز التركة من أصحاب الفروض أو العصبات. وقال بتوريثهم أبو حنيفة، وأحمد، وبعض المتأخرين من المالكية والشافعية. أما مالك والشافعي فقد قالا: يقدم بيت المال عليهم إذا كان منتظماً.

ومما سبق يتبين: أن صاحب الفرض قد يكون عصبة أيضاً فيرث بالجهتين، فالأب مثلاً مع بنت وأم للميت فقط: البنت لها النصف، والأم لها السدس، والأب يأخذ السدس فرضاً ويأخذ ما تبقى تعصيباً.

وقد يتحول صاحب الفرض إلى عصبة: فالأب عند عدم وجود فرع للوارث يتحول إلى عصبة، مثال ذلك: لو توفي شخص عن أم وأب فقط: فالأم لها الثلث، وما تبقى يأخذه الأب. وكذلك البنت فإنها صاحبة فرض: لها النصف إذا انفردت، فإذا كان معها ابن تحولت إلى عصبة بالغير فيكون

هنا للذكر مثل حظ الأنثيين. ومثل ذلك: الأخت الشقيقة مع الأخ الشقيق، والأخت لأب مع الأخ لأب.

ومما سبق يتضح أيضاً: أن صاحب الفرض قد يحجب نهائياً سواء من صاحب فرض أو عصبة؛ فالأب يحجب الجد والإخوة جميعاً وهم أصحاب فروض. والإخوة لأم يسقطون بالجد وهم أصحاب فروض. والابن وهو عصبة يسقط الإخوة جميعاً، ويحول البنات إلى عصبة، ويوقف الأب والأم عند حدود السدس، وكذلك يفعل بالجد والجدة، عند عدم وجود الأب والأم، ويحجب الزوج من النصف إلى الربع، والزوجة من الربع إلى الثمن. وهكذا نرى أن الابن وهو عصبة قد أثر على أصحاب الفروض جميعاً إسقاطاً أو إنقاصاً أو تحويلاً.

وعليه فكون الوارث من أصحاب الفروض، لا يعني أنه يرث فرضه في كل حال، وإنما يرثه إذا لم يعصب ولم يحجب، والعكس كذلك صحيح: فإن كون الوارث عصبة لا يعني أنه لا يرث ما دام أحد من أصحاب الفروض موجوداً، بل يرث ما لم يوجد أحد يحجبه سواء كان صاحب فرض أو عصبة، وقد رأينا فيما سبق كيف أن الابن وهو عصبة قد أثر على جميع أصحاب الفروض، ولم يستطع أحد منهم إسقاطه، وذلك لأنه لا يوجد وارث يستطيع حجب الابن نهائياً عن الميراث، وهو الذي يسميه الفقهاء: حجب الحرمان، وبالمناسبة فإن الذين لا يحجبون حجب حرمان من الورثة هم: الابن، والبنت، والأب، والأم، والزوج، والزوجة.

إذن فطريقة التوريث عند الجمهور هي: أنه يأخذ أصحاب الفروض غير المحجوبين فروضهم أولاً، فإذا لم يوجد صاحب فرض غير محجوب كانت التركة لأقرب العصبات وأولادهم للذكر مثل حظ الأنثيين، وإذا وجد صاحب فرض غير محجوب ولا معصب وبقي من التركة شيء؛ فإن ما تبقى يأخذه العصبة على نحو ما ذكرته، وإن استغرق أصحاب الفروض التركة

فليس للعصبة شيء، وإذا لم يوجد من يستغرق التركة بالفروض أو بالتعصيب يأتي هنا دور إرث ذوي الأرحام. هذه طريقة الجمهور.

أما الإمامية: فقد قسموا الوارثين بالنسب إلى ثلاث مراتب:

المرتبة الأولى: الآباء ـ أي: الأب والأم ـ والأولاد، وهم: فروع الميت ذكوراً وإناثاً وإن نزلوا.

المرتبة الثانية: الأجداد والإخوة، وهؤلاء لا يرثون إذا وجد أحد من أصحاب المرتبة الأولى. والجد وإن علا يقاسم الإخوة، وإذا لم يوجد الإخوة قام أولادهم مقامهم في مقاسمة الجد.

المرتبة الثالثة: العم والعمة، والخال والخالة. وهؤلاء لا يرثون عند وجود وارث من المرتبتين السابقتين، ويعتبرون صنفاً واحداً يمنع الأقرب منهم الأبعد، فلو وجدت خالة فقط ولم يوجد عم ولا عمة ولا وجد أبناؤهم، فالميراث كله للخالة وهكذا[1].

وبهذا يتبين: أن سبب الخلاف هو طريقة التوريث:

الإمامية يورثون القرابة على حسب المراتب الثلاث المذكورة، لذلك قالوا: لا يوجد شيء اسمه الإرث بالتعصيب.

بينما الجمهور يقرون التعصيب، لأن أحد أقسام الوارثين بالقرابة عندهم: العصبات.

ونسوق الآن نموذجاً يتبين به أثر الخلاف:

لو توفي شخص عن بنت وإخوة أشقاء أو لأب: فإن البنت تستحق النصف فرضاً بالاتفاق؛ ثم ماذا نفعل بالباقي؟.

---

(١) انظر ما ذكرته في: أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي، القسم الثاني، ص ٣٨ وما بعدها، الاختيار: ٥/ ١١١، القوانين، ص ٣٣١، القرطبي: ٨/ ٨٩؛ المغني: ٧/ ٨٣؛ مغني المحتاج: ٣/ ٦؛ شرائع الإسلام: ٤/ ٢١ وما بعدها؛ منهاج الحكيم: ٢/ ٣٨٨؛ المراسم، ص ٢١٥ وما بعدها.

قال الجمهور: الباقي للإخوة تعصيباً للذكر مثل حظ الأنثيين، وقالت الإمامية: لا شيء للإخوة وإنما يرد الباقي على البنت.

وإليك نموذج آخر: لو توفي شخص عن زوجة، وبنتين، وأخ شقيق أو لأب: الثمن للزوجة، والثلثان للبنتين، ثم ماذا نفعل بالباقي؟ قال الجمهور: هو للأخ تعصيباً، وقالت الإمامية: يرد على البنتين.

الأدلة ومناقشتها

قالت الإمامية: إن ما تبقى من التركة في هذه النماذج ونحوها لم يعين الشارع جهة يصرف إليها، فأخذنا في ذلك بالآية التالية: قال تعالى: ﴿وَأُوْلُواْ ٱلْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَٰبِ ٱللَّهِ﴾ [الأنفال: ٧٥].

وبما أن البنت أولى بأبيها الميت من إخوته لذلك صرفنا الباقي إليها.

لكن هذا يرد عليه: أن المراد بذوي الأرحام في الآية أمر مختلف فيه، ولو سلمنا أن البنت داخلة في ذوي الأرحام باعتبار أن المراد بهم: القرابة مطلقاً فإن الآية حينئذ يكون تأويلها كما يلي:

إن الأقارب أولى بقريبهم من غيرهم، فإذا أوِّلت الآية على هذا النحو، فإنها في هذه الحالة تثبت حقّاً لكل قريب بقريبه، لكن من المفهوم بداهة أن الأقرب منهم أخص حقّاً، وعلى ذلك: فإن الآية تثبت للأقارب حقّاً من حيث العموم، لكن الأقرب منهم أخص حقّاً من غيره.

فإذا جرينا على هذا الفهم للآية الكريمة فإن لقائل حينئذ أن يقول:

الآية تثبت للأخ حقّاً في أخيه كما تثبت للبنت حقّاً في أبيها، لكن حقها أخص من حقه، وهذا قد راعاه الشارع في الميراث فخص البنت بحق من ميراث أبويها لم يجعل لأحد سبيلاً إلى إسقاطه. فإذا استوفته نظرنا في الباقي: فإذا لم نجد صاحب حق غيرها رددنا هذا الباقي إليها، أما إذا وجدنا صاحب حق غيرها، فإننا لابد أن نعطي صاحب الحق حقه، فإذا لم نعطه ورددنا الباقي إليها فإننا في هذه الحالة سنكون قد رددنا إليها حق غيرها

وهذا لا يجوز، وبما أن الأخ هو صاحب حق أيضاً بنص هذه الآية كما بيَّنَّا، فإننا إذا رددنا الباقي إليها مع وجوده نكون قد رددنا إليها حق غيرها، وهذا لا يصح.

وهذا الفهم قد فهمه الجمهور من نصوص صحيحة نسوق منها ما يلي:

١ ـ عن جابر بن عبد الله قال: «جاءت امرأة سعد بن الربيع بابنتها إلى رسول الله ﷺ فقالت: يا رسول الله! هاتان ابنتا سعد بن الربيع، قتل أبوهما معك يوم أحد شهيداً، وإن عمهما أخذ مالهما فلم يدع لهما مالاً، ولا تنكحان إلا ولهما مال، قال ﷺ: **يقضي الله في ذلك**، فنزلت آية الميراث، فبعث رسول الله ﷺ إلى عمهما فقال: **أعط ابنتي سعد الثلثين، وأعط أمهما الثمن، وما تبقى فهو لك**» رواه أصحاب السنن الأربعة إلا النسائي، واللفظ للترمذي، وقال: حديث حسن صحيح[(١)].

٢ ـ وصح عن ابن عباس: أن النبي ﷺ قال: «**ألحقوا الفرائض بأهلها، فما بقي فهو لأولى رجل ذكر**» متفق عليه[(٢)].

«**لأولى رجل**» أي: لأقرب رجل إلى الميت، وقال بعد ذلك: «**ذكر**» حتى لا يتوهم أن المراد بالرجل هنا البالغ فقط.

٣ ـ وعن ابن مسعود: أنه سئل عن: ابنة، وابنة ابن، وأخت فقال: «أقضي فيها بما قضى النبي ﷺ: للابنة النصف، ولابنة الابن السدس تكملة الثلثين، وما تبقى فللأخت» رواه البخاري.

٤ ـ وعن الأسود بن يزيد قال: «قضى فينا معاذ بن جبل على عهد النبي ﷺ: النصف للابنة، والنصف للأخت». رواه البخاري. وفي لفظ للدارقطني: «قدم معاذ حين بعثه رسول الله ﷺ...» فذكر الحديث[(٣)].

---

(١) سنن أبي داود: ٣/ ١٢١؛ الترمذي: ٤/ ٤١٤؛ ابن ماجه: ٢/ ٩٠٨.

(٢) البخاري هامش الفتح: ١٢/ ٩؛ مسلم هامش النووي: ١١/ ٥٢.

(٣) البخاري: ١٢/ ٢٠؛ الدارقطني: ٤/ ٨٣.

وهذه كلها أحاديث صحاح تثبت ما ذهب إليه الجمهور من القول بالتعصيب.

لكن الإمامية لا يقرون صحتها على ما يبدو لعدم توفر شرائطهم في الصحة؛ لأن رجال أسانيدها ليسوا من الإمامية؛ ولأنها لم ترو عن طريق إمام من الأئمة الاثني عشر. وهذه شروط لصحة الإسناد عندهم.

على أني وجدت في مجموع زيد بن علي زين العابدين أثراً يرويه زيد بن علي عن أبيه عن جده عن علي كرم الله وجهه قال: «الأخوات مع البنات عصبة».

فهذا إسناد كله من أئمة أهل البيت وفي ثلاثة من الأئمة الاثني عشر، فإذا كان مثل هذا مقبولاً عند الإمامية فهو نص في محل النزاع.

وقد سبق أن بعض الفقهاء يروي هذا مرفوعاً إلى رسول الله ﷺ، لكني لم أجده فيما بين يدي من كتب الحديث مرفوعاً، وإن كان الحكم قد اتفق الجمهور عليه، حتى إن المحدثين: كالبخاري وغيره؛ جعلوه ترجمة في كتبهم[١]. لذلك فإن الذي يبدو لي رجحانه هو مذهب الجمهور.

❑❑❑

---

(١) الروض النضير: ٥/ ٥١؛ وانظر: البخاري: الصفحة السابقة؛ الاختيار: ٥/ ٩٤.

المبحث الثاني
العول

المقصود بهذا المبحث أيضاً هو بيان حكم العول فقط، بمعنى: هل يوجد عول أو لا يوجد؟.

لكن لابد من تمهيد لهذا **فأقول**:

العول: زيادة في عدد السهام ونقص في مقدارها.

وبيان ذلك: أن الفرائض ثلاث:

أ ـ فريضة عادلة: وهي أن تستوي سهام أصحاب الفرائض بسهام المال. مثال ذلك: توفي شخص عن: بنتين، وأم، وأب. أصل المسألة(٦): للبنتين ثلثان (٤)، وللأم السدس (١)، وللأب السدس (١).

وهكذا نرى أن كلّاً من سهام المال وسهام الورثة ستة، فهما مستويان، أي: استوعبت سهام المال سهام الورثة. فهذه الفريضة العادلة.

ب ـ فريضة قاصرة: أن تزيد سهام المال على سهام أصحاب الفروض. مثال ذلك: شخص توفي عن: أم، وبنت فقط. أصل المسألة (٦): للأم السدس (١)، وللبنت النصف (٣).

وهكذا نرى أنه قد بقي سهمان من سهام المال؛ فماذا نفعل؟ نردهما على الورثة بقدر سهامهم. فنجعل أصل المسألة (٤): ويكون للأم (١) من أربعة بدل واحد من ستة، ويكون للبنت (٣) من أربعة بدل ثلاثة من ستة، فهذه الفريضة تسمى قاصرة؛ لأن السهام المفروضة قصرت عن سهام المال.

ج ـ فريضة عائلة: وهي: أن يكون سهام ذوي الفروض أكثر من سهام المال، مثال ذلك: توفيت امرأة عن زوج، وأختين شقيقتين. أصل المسألة (٦): للزوج النصف (٣)، وللأختين الثلثان (٤).

فسهام أصحاب الفرائض (٧)، بينما سهام المال (٦)؛ فماذا نفعل؟.

هنا: اختلف الفقهاء على مذهبين:

المذهب الأول: قال بالعول، أي: نزيد السهام على أصل المسألة، وهذا يستلزم إدخال النقص على الورثة من أصحاب الفروض كل بنسبة حصته، وبذلك يتحملون النقص جميعاً بحسب سهامهم. وهذا مذهب الجمهور.

المذهب الثاني: نفى العول، وقال: ندخل النقص باستمرار على البنات والأخوات. وهذا يعني أن بقية أصحاب الفروض يأخذون فروضهم كاملة، والنقص يحمل على البنات والأخوات. وقد روي هذا عن ابن عباس، وعطاء والباقر، وبه قال الظاهرية والإمامية.

ففي المسألة السابقة يرى الجمهور أننا نعيل المسألة، فبدلاً من أن يكون أصلها (٦) يكون أصلها (٧): للزوج (٣) من سبعة بدل ثلاثة من ستة، وللأختين (٤) من سبعة بدل أربعة من ستة. وهكذا أدخل النقص عليهم جميعاً بحسب حصصهم.

أما أصحاب المذهب الثاني: فإنهم لا يعيلون المسألة، وإنما يدخلون النقص على الأخوات، فيبقى أصل المسألة (٦): للزوج (٣) وهو نصيبه لم ينقص، ويبقى (٣) تأخذها الأختان، وبذلك أدخلوا النقص على الأختين فقط فأصبح نصيبهما النصف بعد أن كان ثلثين.

ومثال ذلك: ماتت عن زوج، وأم، وأخت شقيقة أو لأب.

أصل المسألة من ستة (٦): للزوج النصف (٣)، وللأم الثلث (٢)، وللأخت النصف (٣).

فعلى رأي الجمهور نعيلها إلى (٨) وندخل بذلك النقص عليهم جميعاً على نحو ما سبق.

أما على رأي أصحاب المذهب الثاني فإننا لا نعيل المسألة؛ وإنما نعطي للزوج (٣)، وللأم (٢) نصيبهما كاملاً، ويبقى (١) تأخذه الأخت، فأدخلوا النقص على الأخت فقط، ونزل نصيبها من النصف إلى السدس كما هو واضح. وهذه المسألة هي أول مسألة عالت في الإسلام، وهي التي يشير إليها ابن عباس في معرض كلامه الذي سنذكره فيما بعد.

ومثال ذلك: توفيت عن زوج، وبنت، وأم،وأب.

أصل المسألة (١٢): للزوج الربع (٣)، وللبنت النصف (٦)، وللأم السدس (٢)، وللأب السدس (٢).

فعلى مذهب الجمهور نعيل المسألة إلى (١٣) على نحو ما ذكرنا.

وعلى رأي أصحاب المذهب الثاني نبقي أصل المسألة على حاله (١٢): ونبدأ بغير البنت فنعطيهم سهامهم كاملة، للزوج (٣)، وللأم (٢)، وللأب (٢)، ونعطي ما تبقى وهو (٥) للبنت، وبذلك أدخلوا النقص على البنت فقط، فنزل نصيبها إلى خمسة أسهم من اثني عشر سهماً، بدلاً من ستة أسهم من اثني عشر. وبذلك حملوا النقص على البنت فقط وأعطوا للبقية سهامهم كاملة.

ومثال ذلك: توفي شخص عن زوجة، وابنتين، وأم، وأب.

أصل المسألة (٢٤): للزوجة الثمن (٣)، وللبنتين الثلثان (١٦)، وللأم السدس (٤)، وللأب السدس (٤).

فعلى رأي الجمهور تعول المسألة إلى (٢٧)، ويدخل النقص عليهم جميعاً بحسب حصصهم على نحو ما ذكرنا.

أما على رأي أصحاب المذهب الثاني فإن النقص يدخل على البنات فقط. ويبقى أصل المسألة (٢٤): تأخذ الزوجة (٣)، والأم (٤)، والأب

(٤). ويبقى (١٣) تأخذها البنتان، وهكذا أدخلوا النقص على البنات فقط، فصار نصيبهم ثلاثة عشر سهماً من أربعة وعشرين، بينما هو في الأصل ستة عشر من أربعة وعشرين. بينما أخذ البقية سهامهم كاملة. وهذه الصورة سئل عنها علي كرم الله وجهه فأفتى بها بمثل مذهب الجمهور وسأذكر ذلك فيما بعد.

وبذلك يتبين: أن الأصول التي تعول عند الجمهور ثلاثة هي:

- (٦) ويعول إلى (٧ و٨ و٩و١٠).
- (١٢) ويعول إلى (١٣ و١٥ و١٧).
- (٢٤) ويعول إلى (٢٧).

وقد سقت بعض أمثلة لكل أصل، وإن أردت المزيد فعليك بكتب المواريث.

بعد هذا العرض أذكر مرة أخرى بأن الخلاف في العول على مذهبين:

المذهب الأول: أثبت العول، وهم الجمهور، ومنهم الأئمة الأربعة والزيدية.

المذهب الثاني: نفى العول، وهم محمد بن علي بن أبي طالب ـ المعروف: بابن الحنفية ـ بالإضافة إلى الظاهرية والإمامية، ومن سبق ذكره[1].

الأدلة ومناقشتها

سأعرض هنا للمهم من الحجج وأناقشها لعل ذلك يعيننا في التعرف على القول الراجح.

---

(١) الاختيار: ٩٦/٥؛ أحكام القرآن للجصاص: ١٠٩/٢، القوانين، ص ٣٤٠؛ مغني المحتاج: ٣٢/٣؛ المغني: ٣٢/٧؛ المحلى: ٢٦٦/٩؛ الروض النضير: ٦٦/٥؛ شرائع الإسلام: ٢٤/٤، المراسم، ص ٢٢٨.

فأقول: أول مسألة أعيلت في الإسلام سبقت الإشارة إليها، وقد كانت في عهد عمر رضي الله عنه، فكان رأيه ـ باجتهاده أو بإشارة العباس أو غيره من الصحابة ـ هو: إدخال النقص على الجميع حسب حصصهم، ولم ينكر ذلك عليه أحد من الصحابة، فكان ذلك بمثابة الاتفاق منهم، والحكم بالعول مروي عن علي وسيأتي ذلك، ومروي عن زيد بن ثابت؛ لكن في عهد عثمان أظهر ابن عباس الخلاف في ذلك واحتج عليه، وما احتج به ابن عباس هو حجة الفريق الذي وافقه لم يأتوا ـ فيما أعلم ـ بشيء جديد بعده، فكان مما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما في ذلك:

أنه عرض أمامه ذكر فرائض المواريث فقال: «أترون أن الذي أحصى رمل عالج عدداً جعل في مال: نصفاً ونصفاً وثلثاً؟! النصفان قد ذهبا بالمال، أين موضع الثلث؟ فقيل له: من أول من أعال الفرائض؟ قال: عمر ابن الخطاب؛ لما تدافعت الفرائض وركب بعضها بعضاً ـ وكان امرأً ورعاً ـ فقال: والله ما أدري كيف أصنع بكم، والله لا أدري أيكم قدم الله ولا أيكم أخَّر، وما أجد في هذا المال شيئاً أحسن من أن أقسمه عليكم بالحصص؛ فأدخل على كل ذي حق ما دخل عليه من العول، قال ابن عباس: وايم الله لو قدم من قدم الله عز وجل ما عالت فريضة، قيل: من قدم الله عز وجل؟ قال: كل فريضة لم يهبطها الله عز وجل إلا إلى فريضة فهذا ما قدم، وأمّا ما أخَّر فكل فريضة إذا زالت عن فرضها لم يكن لها إلا ما بقي، فذلك الذي أخر؛ فأما الذي قدم: فالزوج له النصف؛ فإن دخل عليه ما يزيله رجع إلى ربع لا يزيله عنه شيء، والزوجة لها الربع؛ فإن زالت عنه صارت إلى الثمن لا يزيلها عنه شيء، والأم لها الثلث فإن زالت عنه فإلى السدس لا يزيلها عنه شيء، فهذه الفرائض التي قدم الله عز وجل، والتي أخَّر فريضة الأخوات والبنات: لهن الثلثان، والواحدة لها النصف؛ فإذا أزالتهن الفرائض عن ذلك لم يكن لهن إلا ما بقي؛ فإذا اجتمع ما قدم الله عز وجل

وما أخر بدئ بمن قدم وأعطي حقه كاملاً، فإن بقي شيء كان لمن أخر، وإن لم يبق لا شيء له».

روى ذلك البيهقي، وابن حزم بألفاظ متقاربة، ولم أخرج عن نصوص الروايتين، وإن أخذت منهما ما هو واضح[١].

أقول: إذا دققت النظر في هذا الاستدلال وجدته يقوم على أمرين:

الأمر الأول: أن القول بالعول يؤدي إلى تصور ما لا يليق بعلم الله تعالى شأنه وجل عزه وعلمه عن ذلك.

وبيان هذا: أن من المعلوم أن الواحد لا يتسع لأكثر من الكسور التي ينكسر إليها، فالواحد فيه نصفان لا يزيد عن ذلك، وفيه ثلثان وثلث لا يزيد عن ذلك، فإذا جعلت في التركة الواحدة نصفين وثلثاً، أو ما أشبه ذلك، وقلت بأن هذا هو أمر الله تعالى، فكأنك قلت بأن الله تعالى شأنه لا يعلم بأن الواحد لا يتسع لأكثر من نصفين، وهذا محال، لأنه تعالى الذي أحصى رمال الصحراء عدداً لا يمكن أن يخفى عليه ذلك.

ويبدو لي: أن هذا فيه نظر؛ وذلك لأن المحذور الذي سبق ذكره إنما يلزم الجمهور لو قالوا: إن الله تعالى يريد تنفيذ هذه الفروض كما فرضت وفي كل الظروف والأحوال؛ سواء أمكن تنفيذها كما هي أم لا، إلا أن الجمهور لم يقولوا ذلك، ومحال أن يكون مراد الله تعالى ذلك؛ بدليل تقييد تنفيذ الأوامر بالطاقة نصاً، قال تعالى: ﴿لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَاۚ﴾ [البقرة: ٢٨٦].

وإنما وجهة نظر الجمهور هي: أن الله تعالى قد فرض فرائض، فإذا اجتمعت هذه الفرائض، فإن أمكن تنفيذها كما فرضت وجب تنفيذها كذلك، وإذا استحال تنفيذها كما هي فنحن في هذه الحالة غير مكلفين بالمحال للنص المذكور، فلم يبق إلا التنفيذ حسب الطاقة، ولابد أن يكون هذا

---

(١) السنن الكبرى: ٦/ ٢٥٣؛ المحلى: ٩/ ٢٦٤؛ الاختيار: ٥/ ٩٧.

التنفيذ جارياً على صورة يتحقق فيها العدل المطلوب شرعاً؛ لقوله تعالى: ﴿وَإِذَا حَكَمْتُم بَيْنَ ٱلنَّاسِ أَن تَحْكُمُوا۟ بِٱلْعَدْلِ﴾ [النساء: ٥٨].

وقد رأى جماهير الفقهاء أن العدل المطلوب شرعاً يتحقق بصورة واضحة في إدخال النقص عليهم جميعاً حسب سهامهم، وهذا هو الذي سماه الفقهاء: العول، وليست هذه هي الحالة الوحيدة في الشرع التي تتزاحم فيها الحقوق بل لذلك نظائر عدة، منها: الديون والوصايا.

وقد تكرر الأمر بتنفيذ الديون والوصايا في آيات المواريث ذاتها، بل تكرر الأمر بتنفيذهما ثلاث مرات في آية واحدة من آيات المواريث؛ وهي الآية السادسة من سورة النساء؛ فقد قال تعالى فيها: ﴿مِنۢ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِينَ بِهَآ أَوْ دَيْنٍ﴾، وقال: ﴿مِّنۢ بَعْدِ وَصِيَّةٍ تُوصُونَ بِهَآ أَوْ دَيْنٍ﴾، وقال: ﴿مِنۢ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِى بِهَآ أَوْ دَيْنٍ﴾ هذه كلها في آية واحدة، ومع هذا فإن الديون إذا تزاحمت بحيث لم يستوعبها مال المدين قسمت بين الدائنين قسمة غرماء وأدخل النقص عليهم جميعاً حسب نسبة ديونهم.

وكذلك الحال بالنسبة للوصايا إذا تزاحمت وضاق عنها الثلث؛ فإن الثلث يقسم بين الموصى لهم قسمة غرماء ويدخل النقص عليهم جميعاً، هذا لا أعلم فيه خلافاً.

وأنت لو نظرت لوجدت الله تعالى قد أمر بتنفيذ الديون وتنفيذ الوصايا وهو عالم بأن بعض المدينين لا تتسع أموالهم لجميع ما عليهم من ديون، وعالم بأن بعض التركات لا يتسع ثلثها لتنفيذ جميع الوصايا، ومع ذلك لم يقل أحد بأن في هذا مساساً بعلم الله تعالى شأنه وجل ذكره عن ذلك، وحيث كان الأمر كذلك فإن هذا هو السبيل بالنسبة للمال إذا تزاحمت فيه الفرائض وضاقت التركة عنها.

ولذلك أكرر هنا مرة أخرى التنبيه إلى أن على الباحث أن يلاحظ الفرق بين أمرين؛ هما: ثبوت الحق، وتنفيذه، فالفرائض والديون والوصايا حقوق ثابتة، لكن إذا جئنا إلى التنفيذ فهنا لا يخلو: إما أن يتسع محل الحق

لتنفيذه كما هو فينفذه، أو لا، فننتقل هنا إلى التنفيذ حسب الطاقة وبصورة يتحقق فيها العدل المطلوب شرعاً، وهذا ما فعله عمر حينما تزاحمت الفرائض؛ فعله باجتهاده أو بإشارة العباس أو زيد بن ثابت أو كليهما معاً، ووافقه الصحابة على ذلك، ولم يخالف فيما نعلم إلا ابن عباس وحده بعد ذلك بحين.

وقد جرى قضاء علي على النحو الذي اتفق عليه الصحابة؛ فقد روى البيهقي بإسناده عن الحارث عن علي: في امرأة وأبوين وبنتين، فقال: «صار ثمنها تسعاً» أي: عالت المسألة فصار ثمن الزوجة تسعاً، وذلك لأن في المسألة ثمن الزوجة، وسدس الأم، وسدس الأب، وثلثي البنتين، فأصلها: من أربعة وعشرين، وقد عالت إلى سبعة وعشرين، وتسمى هذه المسألة: المنبرية، لأن عليّاً كرم الله وجهه سئل عنها وهو على المنبر فقال على الفور: «صار ثمنها تسعاً» ومر في خطبته، وقد روي الأثر من طريق آل البيت، رواه زيد بن علي ـ في مجموعه ـ عن أبيه عن جده علي رضي الله عنهم، وحكى النخعي هذا المذهب أيضاً عن علي وابن مسعود[1].

هذا بالنسبة للأمر الأول في استدلال ابن عباس.

أما الأمر الثاني الذي يقوم عليه الاستدلال فهو تفريق ابن عباس بين الفرائض المتزاحمة، إذ جعل منها فرائض قوية وأخرى دونها، فالقوية منها: فرائض الزوجين والأم، والتي دونها فرائض البنات والأخوات، لذلك قدم الأولى على الثانية، وأدخل النقص على الثانية دون الأولى كما هو مبين في استدلاله.

ويبدو لي: أن هذا فيه نظر أيضاً: وذلك لأن الأثر على الأخوات إنما جاء من ناحية الأخوة، كما أن الأثر على البنات إنما جاء من ناحية الأبناء وهم إخوتهن أيضاً، وكون الأخ يؤثر على أخته في الميراث لا يلزم منه أن

---

(١) انظر: السنن الكبرى: ٦/ ٢٥٣؛ الروض النضير: ٥/ ٦٦؛ والاختيار: ٥/ ٩٨.

يكون لغيره نفس الأثر، وذلك لأن الميراث جهات مختلفة، ولله تعالى الحكمة السامية في تشريعه بالنسبة لكل جهة، ولعل من الظاهر الذي لا يخفى على أحد هو أن وجود الأخ أمان لأخته من عاديات الزمن، وليس كذلك الزوج والجد، فالزوج قد لا يكون أباً للبنت، لأنه قد يكون زوج أمها، والزوجة نظير الزوج، أما الأم فهي جدة البنت ولا ينكر عطفها أحد، لكن هذه بحاجة إلى من يرعاها، ثم إذا ماتت ورثها أبناؤها: عمومة البنت أو خؤولتها.

وبهذا يتضح: أن الزوج والزوجة والأم ليسوا نظراء الأخ ليجعل لهم نفس الأثر، ولعلنا بهذا نفهم ما قد يستشكله البعض من أن الأخت لا تزاحم مع وجود أخيها وقوتها به؛ فكيف تزاحم أصحاب الفروض مع عدم وجوده؟.

أقول: هذا الإشكال هو نفسه الجواب، فهي بوجود أخيها قوية لا تحتاج المزاحمة على المال، أما مع عدم وجوده فهي ضعيفة، فأعطاها الحق جل شأنه حق المزاحمة على المال لكي تتقوى به، ولله الحكمة البالغة فتأمل.

ثم بعد ذلك **أقول**: لماذا الاقتصار في النظر على تلك الزاوية البعيدة؟ ولماذا لا ننظر إلى المسألة من قرب، فقد يتضح لنا عكس المدعى؟.

انظر إلى نفس الجهات التي جرى النزاع فيها، واجعل الأخت إزاء الزوج والزوجة والأم، ثم ليذكر لنا من شاء أثراً واحداً يمكن أن يحدثه كل واحد من هؤلاء على نصيب الأخت أو الأخوات شقيقات أو لأب، بينما الأخوات إذا كن أكثر من واحدة فإنهن ينزلن الأم من الثلث إلى السدس.

هذا بالنسبة للأخت، أما لو جعلت البنت مكانها فإن الأمر سيتضح لك وضوحاً لا لبس فيه ولا خفاء: فالبنت تهبط نصيب الزوج من النصف إلى الربع، وتهبط نصيب الزوجة من الربع إلى الثمن، وتهبط نصيب الأم من الثلث إلى السدس، فهي لم تدع واحداً من هؤلاء إلا وأثرت في نصيبه

وأهبطته، وهذا كله ثابت بنص القرآن الكريم، ثم ليذكر لنا من شاء بعد ذلك أثراً واحداً يحدثه كل واحد من هؤلاء على نصيب البنت؟ فهل بقي شك بعد هذا؟ .

لا شك في أنه إذا كانت هناك فريضة من بين هذه الفرائض مقدمة على غيرها فإنما هي فريضة البنت؛ لأن وجودها قد أثر على فرائض البقية كلهم، في الوقت الذي لم يؤثر وجود أي واحد منهم على فريضتها. وإذا سرنا على هذا المنوال نجد أن التالي لها من بين هذه الفرائض فريضة الأخت وذلك لما ذكرناه.

إلا أننا لا نقوم بتقديم فريضة على أخرى من هذه الفرائض، وذلك لما ذكرناه آنفاً: من أن الميراث جهات مختلفة، ولله تعالى حكمته في تشريعه لكل جهة، وحيث تساوت الفرائض فهي إما أن تستوفى كل واحدة منها كاملة إن أمكن باتساع التركة لها جميعاً، أو يدخل النقص عليها جميعاً حسب السهام.

بقي أن يقال: إذا كان كل واحد من الزوج والزوجة والأم، لم يحدث أثراً بالنسبة لفريضة البنت أو الأخت عند الانفراد؛ أفلا يمكن إحداث مثل هذا الأثر عندما يجتمع أكثر من واحد؟ .

الجواب على ذلك: إن كل واحد منهم عند الانفراد قد تأثر ولم يؤثر، فمن ادعى أنه إذا اجتمع مع غيره أثر فعليه أن يأتي بالدليل.

لما سبق كله أرى أن الراجح هو ما ذهب إليه الجمهور.

والله تعالى أعلم.

❑❑❑



الباب الخامس
أحكام تتعلق بالجنايات والحدود

الفصل الأول: قتل الجماعة بواحد.

الفصل الثاني: نصاب السرقة.

* * *

تمهيد

نمهد لهذا الباب بتعريف الجريمة، وبيان موجز لأقسامها؛ **فأقول**:

الجريمة: محظور يعاقب مرتكبه شرعاً.

أما ما يتعلق بأقسام الجريمة فإن الفقهاء يختلفون في تقسيمهم لها: فتجد بعضهم يعنون: بالحدود، ويتكلم ضمن ذلك عن الجرائم التي يعاقب عليها بالحدود، ويضيف إليها الجناية على النفس وما دونها، وتجد آخرين يعنون: بالجنايات، ويتكلمون ضمن ذلك عن الأمرين السابقين معاً. بينما بعضهم بل غالبهم يفرق بين الحدود والجنايات، والتعزير. وهذا هو الأولى لأنه في الواقع توجد فوارق بين كل واحد منها والآخر؛ لذلك فإن الجرائم تنقسم إلى ثلاثة أقسام:

القسم الأول: جرائم الحدود:

أي: المعاقب عليها بالحدود.

والحد: عقوبة مقدرة تثبت حقّاً لله تعالى.

فيدخل في هذا القسم كل جريمة حدد الشارع عقوبتها وثبتت هذه العقوبة حقّاً لله تعالى.

ويخرج منها الجرائم التي لم تحدد عقوبتها. وهذه هي القسم الثالث، كما يخرج منها الجرائم التي ثبتت عقوبتها حقّاً للآدمي وإن كانت محددة ـ أي مقدرة ـ من قبل الشارع، وهذه هي القسم الثاني.

وجرائم الحدود هي: الردة، والزنى، والقذف به، والسرقة، وقطع الطريق، وشرب الخمر.

وكون العقوبة في هذه الجرائم قد ثبتت حقّاً لله تعالى فيه إشارة صريحة إلى خطورة هذه الجرائم على مجموع الأمة؛ فالعقوبة عليها ليس المقصود بها زجر بعض الأفراد أو إصلاحهم فقط، وإنما المقصود بها الدفاع عن كيان الأمة كلها.

ونظراً لشدة الحد وخطورة الجريمة التي يعاقب عليها به، ولأهمية إقامته؛ جاءت في الشريعة ضوابط؛ أهمها:

أ ـ لا يوقع الحد حتى يثبت سببه ثبوتاً خالياً من أي شبهة. ومن هنا قال ﷺ: «**ادرؤوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم، فإن كان له مخرج فخلوا سبيله؛ فإن الإمام أن يخطئ في العفو خير من أن يخطئ في العقوبة**» رواه الترمذي عن أم المؤمنين عائشة. وفي مسند أبي حنيفة عن أبي عباس مرفوعاً: «**ادرؤوا الحدود بالشبهات**» ذكره الشوكاني. وروي نحو هذا مرفوعاً عن علي وأبي هريرة، وفي الأسانيد ضعف إلا أنها بمجموعها تتقوى فيكون الحديث صالحاً للاحتجاج به[١]، على أن دفع الحدود بالشبهات يكاد يكون مجمعاً عليه، بل نقل ابن قدامة الإجماع على ذلك[٢].

لكن هذا لا يعني إخلاء من دفع عنه الحد من العقوبة، وإنما يتحول من عقوبة الحد إلى عقوبة التعزير إذا كانت الشبهة هي التي دفعت الحد.

ب ـ متى رفعت الدعوى إلى القضاء في جرائم الحدود حرمت الشفاعة فيها؛ فقد صح عن أم المؤمنين عائشة في قصة المخزومية التي سرقت وشفع

---

(١) الترمذي: ٤/ ٣٣؛ ابن ماجه: ٢/ ٨٥٠؛ السنن الكبرى: ٨/ ٢٣٨؛ نيل الأوطار: ٧/ ١١١، نصب الراية: ٣/ ٣٣٣.

(٢) المغني: ١٠/ ١٥٥.

فيها أسامة بن زيد: أن الرسول ﷺ قال له: «**أتشفع في حد من حدود الله؟!**» وفي رواية: «**لا أراك تشفع في حد من حدود الله**»(١).

وعن ابن عمر: أن رسول الله ﷺ قال: «**من حالت شفاعته دون حد من حدود الله فهو مضاد الله في ملكه**» قال في المنتقى: رواه أحمد وأبو داود(٢).

ج ـ إذا صدر الحكم بالحد مستوفياً لشروطه، فإنه لا يسقط، ولا يجوز العفو فيه أبداً، حتى ولو تنازل صاحب الحق.

هذا هو الأساس، وهناك بعض استثناءات؛ هي:

١ ـ قاطع الطريق إذا تاب قبل القدرة عليه سقط عنه الحد، لكن سقوط الحد عنه لا يعفيه من عقوبة جريمة ارتكبها في حق الناس، لكن عقوبته في هذه الحالة تكون عقوبة عادية. ولكي يتضح ذلك أذكر قوله الله تعالى: ﴿إِنَّمَا جَزَٰٓؤُاْ ٱلَّذِينَ يُحَارِبُونَ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ وَيَسۡعَوۡنَ فِي ٱلۡأَرۡضِ فَسَادًا أَن يُقَتَّلُوٓاْ أَوۡ يُصَلَّبُوٓاْ أَوۡ تُقَطَّعَ أَيۡدِيهِمۡ وَأَرۡجُلُهُم مِّنۡ خِلَٰفٍ أَوۡ يُنفَوۡاْ مِنَ ٱلۡأَرۡضِۚ ذَٰلِكَ لَهُمۡ خِزۡيٞ فِي ٱلدُّنۡيَاۖ وَلَهُمۡ فِي ٱلۡأٓخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ ﴿٣٣﴾ إِلَّا ٱلَّذِينَ تَابُواْ مِن قَبۡلِ أَن تَقۡدِرُواْ عَلَيۡهِمۡۖ فَٱعۡلَمُوٓاْ أَنَّ ٱللَّهَ غَفُورٞ رَّحِيمٞ﴾ [المائدة: ٣٣ـ٣٤].

فهذه الآية ذكرت عقوبة قاطع الطريق، فلو تاب قبل القدرة عليه يعفى من هذه العقوبة، لكن لو كان قد قتل أحداً قبل توبته يعاقب على ذلك؛ لكن عقوبة عادية؛ بمعنى: أن صاحب الحق في القصاص لو عفى عنه قبل ذلك وتحول إلى الدية، ولو لم تحصل توبة فإن عفو صاحب الحق لا يقبل، وإنما لا بد من قتله وصلبه كما نصت الآية.

٢ ـ استثنى بعض العلماء حد القذف إذا عفى المقذوف، فقالوا: يسقط في هذه الحالة عن القاذف، وقال البعض: لا يسقط ولو عفى.

---

(١) البخاري: ٢/٨٣؛ مسلم: ١١/١٨٦؛ نيل الأوطار: ٧/١٣٩.

(٢) نيل الأوطار: ٧/١١٣.

٣ ـ إذا لم تقم بينة على ارتكاب شخص لجريمة من هذه الجرائم وإنما أقرّ بها من تلقاء نفسه، وقبل تنفيذ الحد عليه رجع عن إقراره، هنا قال الأكثرون: يسقط الحد عنه.

٤ ـ المرتد إذا استتيب فتاب يسقط الحد عنه عند الأكثرين. وقال بعضهم: لا يسقط.

القسم الثاني: الجنايات:

والمراد بها: الجناية على النفس وما دونها، كقطع الأطراف والجروح، أو إبطال منفعة عضو: كالسمع والبصر ونحو ذلك.

وهذه الجنايات إن كانت عمداً وجب فيها القصاص إن أمكن. ويكون القصاص ممكناً إذا أمكن أن يوقع على الجاني مثل ما أوقعه هو بالمجني عليه، وهذا يمكن في القتل وقطع الأطراف.

فإذا عفي من له حق القصاص جاز ذلك ويتحول إلى التعويض المالي، واستثنى مالك: القتل غيلة، وهو الذي يحصل على وجه المخادعة والحيلة؛ فهذا عنده لا يجوز العفو فيه.

ويتحول إلى التعويض المالي أيضاً: إذا كانت الجناية غير متعمدة. وكذلك عند تعذر المماثلة في القصاص: كالجروح التي لا يمكن إيقاع مثلها بالجاني ونحو ذلك.

والتعويض المالي أو العقوبة المالية: إما أن تكون مقدرة وتسمى الدية: كدية النفس والأطراف ومنافع الأعضاء، وإما غير مقدرة وهذه تسمى: أرشاً أو حكومة، وهي مقدار من المال يقابل الضرر الذي أوقع بالمجني عليه يقدره الحاكم.

والعفو عن القصاص لا يعني إخلاء الجاني من العقوبة، والاكتفاء بالعقوبة المالية، وإنما يمكن للقاضي أن يضيف إلى ذلك العقوبة بالتعزير.

القسم الثالث: جرائم التعزير:

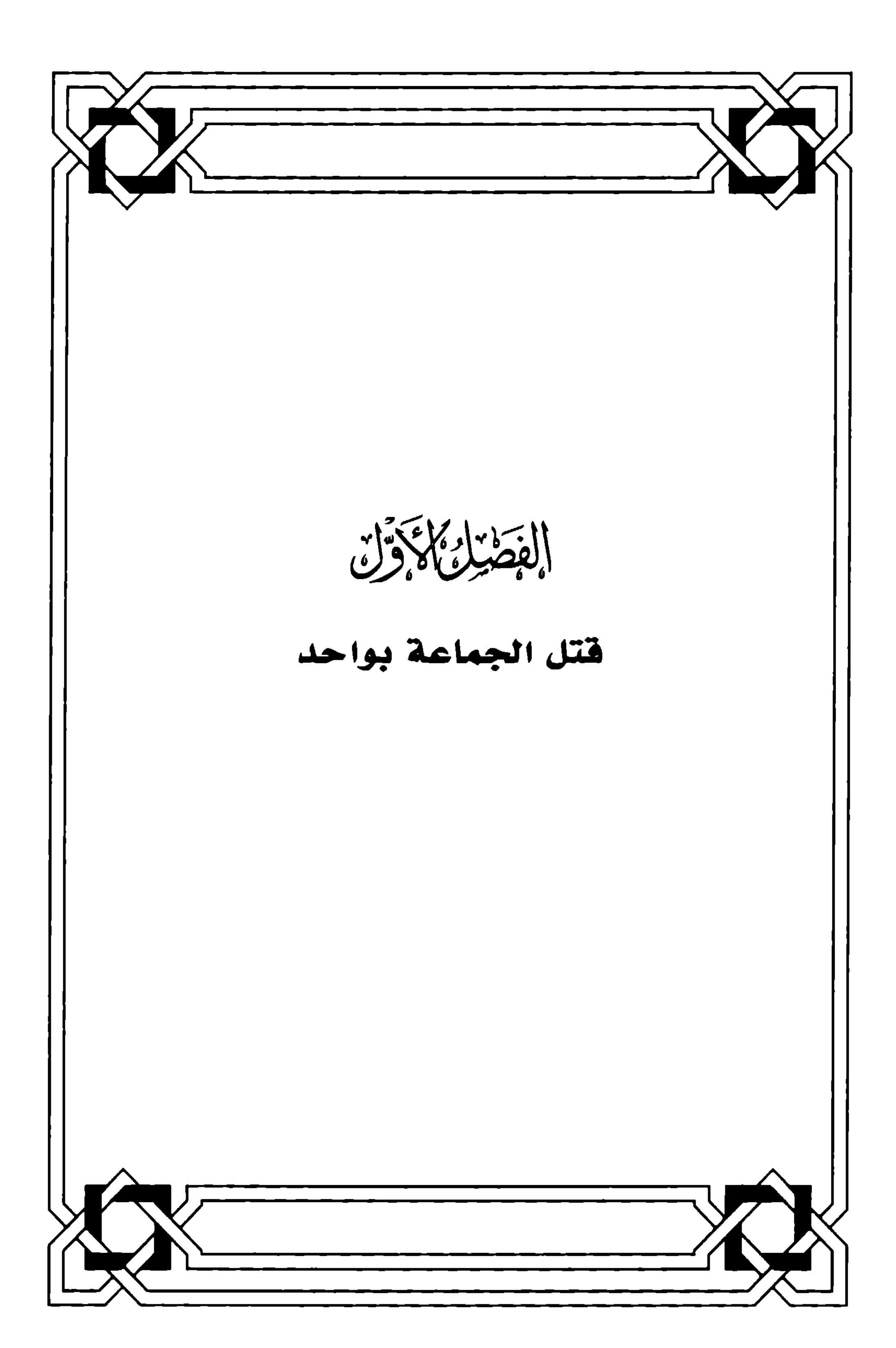
التعزير: عقوبة يقدرها القاضي. إذن فجرائم التعزير: كل جريمة لم يقدر الشارع عقوبتها. وهذا باب واسع يشمل كل ما عدا القسمين السابقين[١].

إذا عرفنا هذا فإن المقرر علينا دراسته في هذه المرحلة قضيتان أتكلم عنهما في فصلين، وهما: قتل الجماعة بواحد، ونصاب القطع في السرقة.

❑❑❑

---

(١) انظر بعض التفصيلات السابقة في: القوانين، ص ٢٩٥ وما بعدها؛ الاختيار: ٤/ ٧٩ وما بعدها؛ فتح القدير: ٤/ ١١٢ وما بعدها؛ القرطبي: ٦/ ١٤٨ وما بعدها؛ المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، ص ٣٩٩ وما بعدها.



الفصل الأول

قتل الجماعة بواحد

قتل الجماعة بواحد

إذا اشترك جماعة في قتل شخص واحد، فهل يثبت القصاص عليهم جميعاً أم لا؟.

هنا حصل خلاف بين الفقهاء على ثلاثة مذاهب رئيسة:

المذهب الأول: لولي الدم طلب القصاص منهم جميعاً، أي: أنهم قالوا بقتل الجماعة بالواحد.

روي هذا عن عمر، وعلي، وابن عباس، وغيرهم من الصحابة والتابعين ومن بعدهم، وإليه ذهب أبو حنيفة، ومالك، والشافعي، وابن حزم، وأحمد في رواية، وهو مذهب جماهير الفقهاء، بل نقل بعض العلماء اتفاق الصحابة على ذلك، لكن في المسألة بعض خلاف سأذكره، ومذهب الإمامية قريب الشبه من هذا، لكنهم قالوا: إن اقتص منهم جميعاً، وجب عليه أن يدفع دياتهم بنقص دية واحد منهم مقابل دم قتيله، وإن اقتص من واحد منهم فلا شيء عليه، لكن يجب على الباقين أن يدفعوا لأهل المقتص منه الدية بنقص نصيبه منها فيما لو لم يقتص منه، وعليه: فلو قتل عشرة واحداً، فإن اقتص منهم ولي الدم جميعاً وجب عليه دفع تسع ديات توزع على أهل المقتص منهم، وإن اقتص من واحد فلا شيء عليه، ولكن على التسعة الباقين أن يدفعوا لأهل المقتص منه تسعة أعشار الدية، ورووا في ذلك أثراً عن الباقر.

المذهب الثاني: قال: إن لولي الدم طلب القصاص من واحد منهم فقط، ويأخذ من الباقين حصصهم من الدية.

وعليه فلو فرضنا المثال السابق، فإن لولي الدم طلب قتل واحد من العشرة، ويأخذ من الباقين تسعة أعشار الدية.

وهذا المذهب هو رواية عن كل من معاذ، وابن الزبير، والزهري وابن سيرين.

المذهب الثالث: ذهب إلى: أن الجماعة لا تقتل بالواحد، وإنما تجب الدية عليهم. وهذا المذهب هو رواية عن معاذ ومن ذكرناهم معه في المذهب الذي قبل هذا، وبه قال ربيعة وبعض فقهاء التابعين، وهو رواية عن أحمد، واختاره ابن المنذر من أصحاب الشافعي ونسبه صاحب عمدة القارئ للظاهرية، وليس كذلك، فهو ليس مذهب جميعهم، فإن ابن حزم موافق للجمهور كما سبق[(١)].

الأدلة ومناقشتها

أولاً ـ احتج الجمهور لمذهبهم بما يلي:

١ ـ قوله تعالى: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ كُتِبَ عَلَيْكُمُ ٱلْقِصَاصُ فِى ٱلْقَتْلَى﴾ [البقرة: ١٧٨].

٢ ـ قوله ﷺ: «**من قُتل له قتيل فهو بخير النظرين: إما أن يودَى، وإما أن يقاد**» متفق عليه[(٢)].

فهذا رسول الله ﷺ قد جعل لولي الدم الحق في الاقتصاص من القاتل، ولم يفرق في ذلك بين الواحد والجماعة.

---

(١) انظر: الإشراف لابن المنذر، ص ٣، باب النفر يقتلون الواحد؛ معالم السنن: ٤/ ٥؛ نصب الراية: ٤/ ٣٥٤؛ مصنف عبد الرزاق: ٩/ ٤٨٩؛ إعلام الموقعين: ٣/ ١٢٥؛ اللباب، ص ٢٤٢؛ الاختيار: ٤/ ٢٩؛ المنتقى: ٧/ ١١٦؛ المغني: ٩/ ٣٦٦ و٤٧٣؛ المهذب: ٣/ ١٧٤؛ تفسير ابن كثير: ١/ ٢١٠؛ عمدة القاري: ٢٤/ ٤٥؛ المحلي: ١٠/ ٥١٢، ٥٢٢، ٥٢٥؛ شرائع الإسلام: ٤/ ٢٠٢؛ من لا يحضره الفقيه: ٤/ ٨٦.

(٢) البخاري هامش الفتح: ١٢/ ١٨٢؛ مسلم هامش النووي: ٩/ ٦٢٩.

٣ ـ ولهم في ذلك آثار عن الصحابة رضي الله عنهم، منها:

أ ـ ما صح عن ابن عمر: «أنَّ غلاماً قتل غيلة، فقال عمر: لو اشترك فيه أهل صنعاء لقتلتهم جميعاً» رواه البخاري، وقد رواه ابن أبي شيبة بلفظ: «إن عمر قتل سبعة من أهل صنعاء برجل، وقال: لو اشترك فيه أهل صنعاء لقتلتهم»(١).

ب ـ وقال الشعبي: «شهد رجلان على رجل أنه سرق، فقطعه علي، ثم جاءا بآخر وقالا: أخطأنا، فأبطل شهادتهما، وأخذ بدية الأول، وقال: لو علمت أنكما تعمدتما لقطعتكما» رواه البخاري تعليقاً بصيغة الجزم، ووصله عبد الرزاق(٢).

ج ـ وروى عبد الرزاق بإسناد صحيح عن ابن سيرين: «أن رجلاً قتل، فادعى أولياؤه قتله على رجلين كانا معه، فاختصموا إلى شريح. . .، فقال: شاهدا عدل أنهما قتلا صاحبكم، فلم يجدوا أحداً يشهد لهم، فخلى شريح سبيل الرجلين، فأتوا علياً فقصوا عليه القصة، فقال: ثكلتك أمك يا شريح، لو كان للرجل شاهدا عدل لم يقتل، فخلا بهما، فلم يزل يرفق بهما ويسألهما حتى اعترفا، فقتلهما»(٣).

هذا هو قضاء الراشدين، وقد وافقهم جل الصحابة على ذلك.

ثانياً ـ أما الإمامية:

فإنهم أوجبوا الديات على نحو ما ذكرته لك فيما سبق، كأنهم قصدوا بذلك تحقيق المساواة، لكن يمكن أن يقال لهم:

إن نفس القاتل سواء كان واحداً أو أكثر مساوية لنفس المقتول؛ ولذلك لأن النصوص الآمرة بالقصاص لم تفرّق، ثم هم لم يجعلوا على

---

(١) البخاري مع فتح الباري: ١٢/ ٢٠٠.

(٢) المصدر السابق؛ ومصنف عبد الرزاق: ١٠/ ٨٨.

(٣) مصنف عبد الرزاق: ١٠/ ٤٢؛ وانظر: السنن الكبرى: ٨/ ٤١.

الواحد إذا قتل الجماعة إلا القصاص، فهذا حكم منهم بالتسوية، ثم إن اشتراك الجماعة في قتل الواحد يزيد الجريمة شدة؛ وذلك لأن كل واحد منهم يعتبر قاتلاً، وفي نفس الوقت معاوناً للآخرين، فاجتماعهم قد سد طريق النجاة على المقتول، إذ ربما لو كان القاتل واحداً لاستطاع المقتول دفعه عن نفسه.

ثالثاً ـ أما القائلون بعدم قتل الجماعة بالواحد، قد احتجوا لذلك:

بقوله تعالى: ﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَآ أَنَّ ٱلنَّفْسَ بِٱلنَّفْسِ﴾ [المائدة: ٤٨].

قالوا: مقتضاه أن لا يؤخذ بالنفس أكثر من نفس واحدة.

وأيضاً: فإن كل واحد من القاتلين مساوٍ للمقتول؛ فلا تؤخذ أبدال متعددة ببدل واحد، كما لا تؤخذ ديات عن مقتول واحد.

وقد أجاب عن ذلك ابن العربي:

بأن المقصود بالآية بيان المقابلة في الاستيفاء، وأن النفس لا تؤخذ إلا بالنفس، والطرف بالطرف، ردّاً على من تبلغ به الحمية إلى أن يأخذ نفس جانٍ عن طرف مجني عليه، والشريعة تبطل الحمية وتعضد الحماية(١)، على أننا قد بينا فيما سبق: أن الشارع لم يفرق في وجوب القصاص على القاتل بين أن يكون فرداً أو جماعة، وهذا تسوية منه بين نفوسهم جميعاً وبين نفسه، وهو عدل مطلق وحكمة سامية؛ وذلك لأنهم باجتماعهم على قتل واحد مع علمهم بأن القتل العمد يوجب القصاص قد حطوا بذلك من قيمة أنفسهم، ورضوا بأن تساوي نفوسهم جميعاً نفساً واحدة، وما زال الناس قديماً وحديثاً يعتبرون من الخسة ودناءة النفس اجتماع جماعة للاعتداء على واحد، وقد عهدنا في الشرع نظائر لذلك: فاليد الأمينة إذا اعتدي عليها، فهي عند عدم القصاص تساوى شرعاً بنصف النفس كاملة،

---

(١) أحكام القرآن لابن العربي: ١/ ٦٥.

ويكون لها نصف الدية؛ فإذا خانت أصبحت دنية لا تساوي أكثر من ربع دينار، فلو سرقت هذا المقدار قطعت به.

على أن الذي **يبدو لي هو**: أن الشارع إنما شرع القصاص زجراً وتطهيراً، وليس لأن نفس القاتل مساوية لنفس المقتول، وذلك لأن نفس المعتدي واحداً كان أو أكثر لا تساوي نفس المعتدى عليه، فتأمل هذا جيداً.

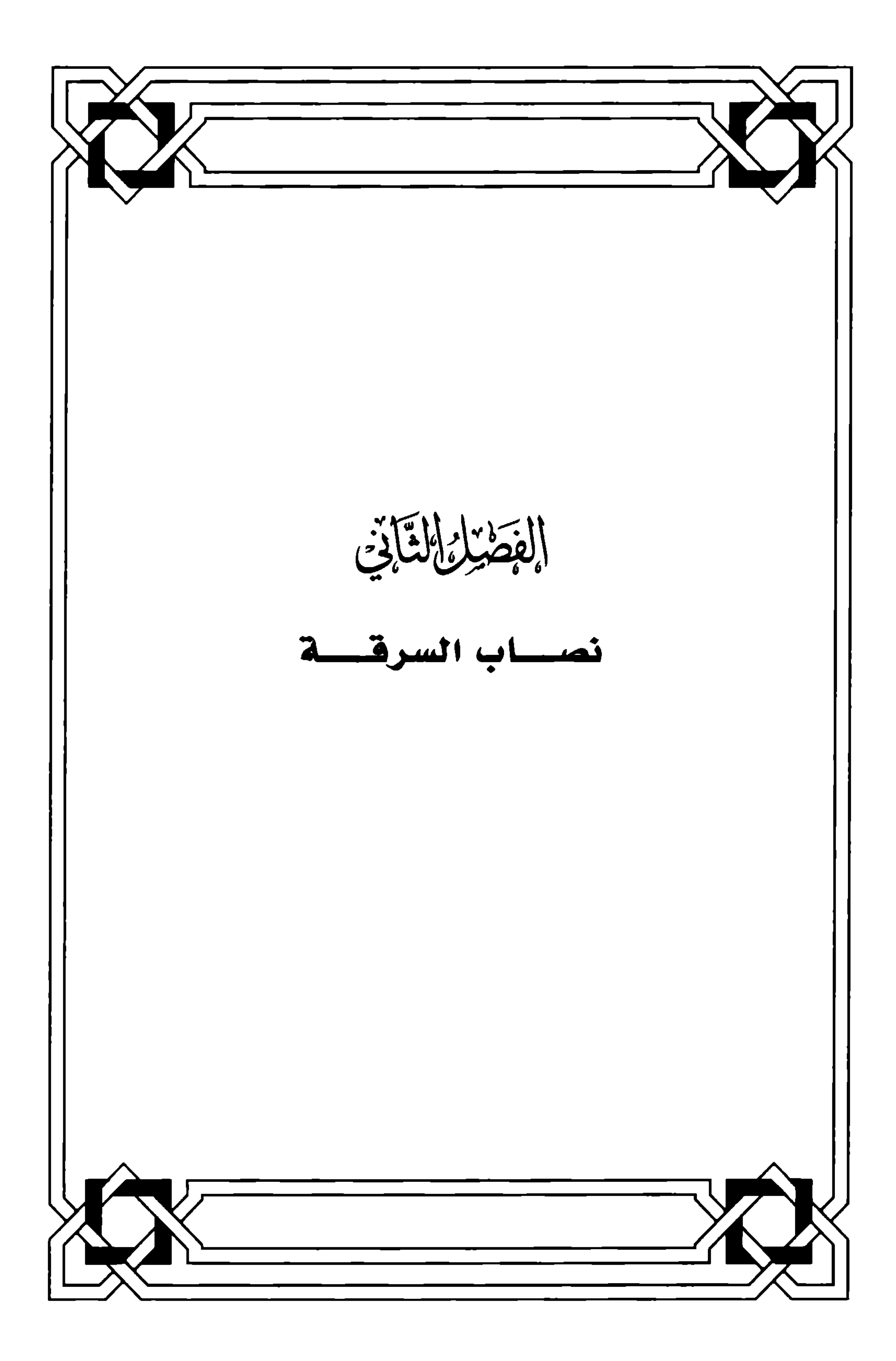
وأيضاً فقد عهدنا في الشرع وجوب عقوبة للواحد على الجماعة، كما في حد القذف، فلو قذف جماعة واحداً فإن على كل واحد منهم حدّاً كاملاً.

أما الاحتجاج بعدم وجوب عدة ديات في قتيل واحد، فهذا قياس مع الفارق؛ وذلك لأن الدية تتبعض فيمكن توزيعها، وليس كذلك القصاص.

ونزيد على ذلك بالنسبة للذين قالوا بوجوب الدية فقط: أن الله تعالى إنما شرع القصاص حماية للأرواح من الاعتداء عليها، فقد قال تعالى: ﴿وَلَكُمْ فِي ٱلْقِصَاصِ حَيَوٰةٌ﴾ [البقرة: ١٧٩] فلو قيل بعدم أخذ الجماعة بالواحد لفقد هذا التشريع ما فيه من الزجر والردع عن القتل، ولسارع أهل الشر إلى الاشتراك فيه والتعاون عليه، ما داموا بذلك يأمنون من القصاص، بل إن في هذا تيسيراً للقتل وإغراءً عليه، وفيه إسقاط لحكمة الشارع من تشريع القصاص.

لذلك فالراجح فيما يبدو لي هو ما ذهب إليه الجمهور، والله تعالى أعلم.





الفصل الثاني

نصاب السرقة

نصاب السرقة

السرقة: أخذ المكلف خفية من حرز نصاباً أو مقداره من مال مملوك للغير، ليس للآخذ فيه شبهة، فتعريف السرقة لا يخرج عن هذا عند غالبية الفقهاء.

ومن هذا نفهم: أن السرقة الموجبة للحد، وهو: قطع اليد، لها شروط: منها ما يتعلق بالسارق، ومنها ما يتعلق بالمال المسروق، ومنها ما يتعلق بكيفية السرقة.

ومن الشروط المتعلقة بالمال: أن يكون نصاباً، أي: مقداراً معيناً. وهذا هو المعني بالدراسة هنا.

إذا عرفنا هذا فإن الفقهاء قد اختلفوا في نصاب المال المسروق الموجب لحد السرقة على أقوال أوصلها بعضهم إلى عشرين قولاً، الذي يهمنا منها هنا أربعة مذاهب:

المذهب الأول: يجب الحد بسرقة قليل المال وكثيره، فهذا المذهب لم يشترط نصاباً. روي هذا عن ابن الزبير، وهو رواية عن كل من ابن عباس والحسن البصري. وقد نسبه البعض إلى الظاهرية، بينما نسب البعض إليهم: أن المسروق إذا كان ذهباً فلا قطع في أقل من ربع دينار، وإن كان من غير الذهب قطع في القليل والكثير.

أقول: من المحتمل أن يكون الظاهرية قد اختلفوا على أقوال، لكن بالتأكيد هذا كله ليس مذهباً لابن حزم، وسيأتي مذهبه.

المذهب الثاني: نصاب السرقة دينار من الذهب، أو عشرة دراهم من الفضة. فلا قطع فيما كانت قيمته أقل من ذلك. روي هذا عن ابن مسعود، وابن عمر، وهو رواية عن ابن عباس، وبه قال كثير من الصحابة والتابعين ومن بعدهم. وبه قال أبو حنيفة، وبعض الزيدية، ونسبه الشوكاني إلى العترة وفقهاء العراق.

ويلاحظ: أن الدينار الإسلامي يساوي مثقالاً من الذهب، والمثقال يساوي أربعة غرامات وثمانية أعشار. أما الدرهم: فيساوي ثلاثة غرامات وعشر الغرام. والدراهم العشرة تساوي سبعة مثاقيل من الفضة.

المذهب الثالث: النصاب خمسة دراهم، فلا قطع في أقل من ذلك. روي هذا عن بعض فقهاء الصحابة والتابعين، منهم: أنس بن مالك، وعروة ابن الزبير، وهو رواية عن عمر، والحسن البصري. وبه قال بعض الزيدية.

المذهب الرابع: النصاب ربع دينار، فلا قطع فيما كانت قيمته أقل من ذلك. وقد روي هذا عن جمع من الصحابة والتابعين ومن بعدهم، منهم: عثمان وعلي، وهو رواية عن عمر، وإليه ذهب الشافعي، والإمامية، وهو مذهب مالك وأحمد أيضاً، فقد قالا: النصاب ربع دينار أو ثلاثة دراهم. إلا أن الأصل في التقويم عند الشافعي والإمامية الذهب، وعند مالك الدراهم، وهو رواية عن أحمد، والرواية الأخرى عنه يقوم بأدنى الأمرين: ربع دينار، أو ثلاثة دراهم، وإلى هذا المذهب مال بعض الزيدية.

ومذهب ابن حزم شبيه بهذا المذهب أيضاً؛ وذلك لأنه قد ذهب إلى أن المسروق إن كان من الذهب فلا تقطع فيه اليد إلا إذا كان ربع دينار فصاعداً، أما إذا كان المسروق من غير الذهب فإنه يقطع فيما ساوت قيمته ثمن المجن قلَّ ذلك أو كثر من غير تحديد.

والمجن: هو الترس أو الجحفة، وقد كان يتقى به في الحرب من وقع السلاح.

ثم ذكر ابن حزم آثاراً في تحديد قيمة المجن الذي قطع رسول الله ﷺ بسبب سرقته يد السارق، فلم يصح عنده منها غير أثرين: **أحدهما**: يقدر قيمته بثلاثة دراهم، **والثاني**: يقدرها بخمسة دراهم، فإذا ضممنا هذا بعضه إلى بعض اتضح لك ما قلناه من أن مذهب ابن حزم شبيه بمذهب أصحاب المذهب الرابع، غاية ما في الأمر أنه لم يحدد قيمة المسروق من غير الذهب بثلاثة دراهم، وإنما أحاله إلى ثمن المجن.

وبهذا يتضح أيضاً عدم دقة نسبة المذهب الأول للظاهرية عموماً، وكذلك عدم دقة نسبة الشوكاني وغيره إلى ابن حزم القول: بأن المسروق إذا كان من غير الذهب فإن السارق في هذه الحالة يقطع سواء قلَّت قيمة المسروق أو كثرت، وذلك لأن ابن حزم لم يطلق، وإنما قال: القطع إنما يجب في سرقة ما سوى الذهب إذا ساوت قيمة المسروق ثمن جحفة أو ترس قل ذلك أو كثر دون تحديد، فالمراد بقوله: قل ذلك أو كثر، أي: قل ثمن الترس أو كثر، ولم يقصد بذلك قلَّ ثمن المسروق أو كثر كما هو واضح.

وعليه: فحيثما وقعت سرقة من غير الذهب فإننا في هذه الحالة نبحث عن قيمة المسروق، فإذا ساوت قيمة ترس يمكن أن يتقى به في الحرب، أي ترس كان؛ وجب القطع، وإلا فلا.

هذه هي المذاهب التي تعنينا في هذه الدراسة، وإلا فإن في المسألة أقوالاً أخرى كما ذكرت[1].

---

(١) انظر: تفسيري البغوي والخازن: ٢/ ٣٩و٤٠؛ مصنف عبد الرزاق: ١٠/ ٢٣٤؛ السنن الكبرى مع الجوهر النقي: ٨/ ٢٥٧ وما بعدها؛ نصب الراية: ٣/ ٣٦٠؛ فتح الباري: ١٢/ ٩٧، شرح مسلم: ١/ ١٨١؛ المنتقى: ٧/ ١٦٠؛ الهداية مع فتح القدير: ٤/ ٢٢٠؛ شرح الدردير مع حاشية الدسوقي: ٣/ ٣٣٣؛ المغني: ١٠/ ٢٤٢؛ المحلى: ١١/ ٣٥٠ وما بعدها؛ شرائع الإسلام: ٤/ ١٧٤؛ سبل السلام: ٤/ ١٩؛ نيل الأوطار: ٧/ ١٣٢.

الأدلة ومناقشتها

أولاً ـ استدل أصحاب المذهب الأول:

بما صح عن رسول الله ﷺ أنه قال: «**لعن الله السارق، يسرق البيضة فتقطع يده، ويسرق الحبل فتقطع يده**» متفق عليه(١).

وجه الدلالة: أنه ﷺ قد أخبر بأن السارق تقطع يده بالبيضة والحبل، وهي أشياء تافهة يسيرة القيمة؛ فدل ذلك على أن السارق تقطع يده، سواء كان المسروق قليل القيمة أو كثيرها.

وقد دفع الفقهاء هذا الاستدلال بعدة وجوه:

أ ـ أن الرسول ﷺ قد قال ذلك عند نزول قوله تعالى: ﴿وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓاْ أَيْدِيَهُمَا﴾ [المائدة: ٣٨]، بناء على ظاهر ما نزل، ثم أعلمه الله تعالى أن القطع لا يكون إلا في ربع دينار فصاعداً، كما سيأتي، فوجب المصير إلى ذلك.

ب ـ أن هذا الحديث قد روي من طريق الأعمش، وقد صح عنه قوله: «كانوا يرون أنه بيضة الحديد، والحبل كانوا يرون أن منه ما يساوي دراهم»(٢).

وفي هذا بيان لمراد الرسول ﷺ بالبيضة والحبل، فقد فهم السلف أن مراده بالبيضة: بيضة الحديد، أي: الخوذة التي يلبسها الجندي على رأسه عند القتال، لا بيضة الدجاج ونحوه، كما فهموا: أن مراده بالحبل: ما تساوي قيمته عدة دراهم، لا مطلق الحبل، ويكون المعنى: أنه يقطع بهذه الأشياء إذا بلغت النصاب الذي حده الشارع.

ويعضد هذا التأويل ما روي عن علي: أن النبي ﷺ قطع في بيضة، قيمتها عشرون درهماً. رواه الحاكم وصححه، والحديث عند البزار بلفظ:

---

(١) البخاري هامش الفتح: ١٢/ ٧٢؛ مسلم هامش النووي: ١١/ ١٨٥.

(٢) البخاري: الصفحة السابقة.

«أن النبي ﷺ قطع في بيضة حديد قيمتها أحد وعشرون درهماً»، إلا أن الذهبي تعقب تصحيح الحاكم للحديث: بأن في إسناده المختار بن نافع وهو ضعيف[١].

ثانياً ـ أما أصحاب المذهب الثاني فقد احتجوا بما يلي:

١ـ ما روي عن ابن مسعود: أن رسول الله ﷺ قال: «**القطع في دينار أو عشرة دراهم**». وقال الهيثمي: رواه الطبراني في الأوسط، وفي إسناده سليمان بن داود الشاذكوني، وهو ضعيف؛ وفي رواية أخرى للطبراني عن ابن مسعود مرفوعاً بلفظ: «**لا قطع إلا في عشرة دراهم**». قال الهيثمي: إسناده ضعيف، إلا أنه لم يبين سبب ضعفه، وقد ذكر الزيلعي سند الطبراني، وفي إسناده أبو مطيع: الحكم بن عبد الله الخراساني وهو ضعيف. وقد روي هذا الحديث أيضاً بنحو هذا اللفظ عن عبد الله بن عمرو بن العاص، وفي إسناده نصر بن باب، قال أحمد: لا بأس به، وضعفه الجمهور[٢]. فهذا الحديث كما ترى له طرق يشد بعضها بعضاً وهو نص في المسألة، إلا أنه معارض بما هو أقوى منه، كما سيأتي ذلك في أدلة أصحاب المذهب الرابع.

٢ـ واحتجوا أيضاً بما صح عن أم المؤمنين عائشة قالت: (لم تقطع يد السارق على عهد رسول الله ﷺ في أدنى من ثمن المجن: ترس أو جحفة، وكان كل واحد منهما ذا ثمن) متفق عليه[٣].

وقد جاء تقدير ثمن المجن في عهد الرسول ﷺ عن بعض الصحابة بما يتفق مع ما يقول به أصحاب هذا المذهب، فعن ابن عباس قال: (كان ثمن

---

(١) المستدرك مع تلخيص المستدرك: ٤/ ٣٧٨؛ مجمع الزوائد: ٦/ ٢٧٤.

(٢) مجمع الزوائد ٦/ ٢٧٣ و٢٧٤؛ نصب الراية: ٣/ ٣٥٩؛ ميزان الاعتدال: ١/ ٢٦٩.

(٣) البخاري هامش الفتح: ٢/ ٩٣؛ مسلم هامش النووي: ١١/ ١٨٣.

المجن في عهد رسول الله ﷺ يقوم بعشرة دراهم) رواه الحاكم، وقال: صحيح على شرط مسلم.

وعن أيمن قال: (لم تقطع اليد على عهد رسول الله ﷺ إلا في ثمن المجن، وثمنه يومئذ دينار) رواه الحاكم[1].

إلا أن المحدثين قد اختلفوا في أيمن راوي الحديث من هو؟.

فإذا كان ابن أم أيمن: حاضنة رسول الله ﷺ، فهو صحابي، إلا أن الحديث قد رواه عنه عطاء ومجاهد ولم يدركاه، فالحديث منقطع، وإذا كان أيمن ابن زوجة كعب الأحبار فهو تابعي، فالحديث مرسل[2]، وعلى أي حال فإن هذا التقدير قد عورض بتقدير آخر جاء بأسانيد أقوى كما سيأتي في أدلة أصحاب المذهب الرابع.

ثالثاً ـ أما أصحاب المذهب الثالث فقد احتجوا بما يلي:

١ـ ما روي عن سعد بن أبي وقاص: (أن النبي ﷺ قطع في مجن قيمته خمسة دراهم).

٢ـ وما روي عن أنس: (أن النبي ﷺ قطع في مجن، ثمنه خمسة دراهم أو أربعة دراهم). وعنه أيضاً: (أن النبي ﷺ قطع في مجن ثمنه خمسة دراهم، وأن أبا بكر رضي الله عنه قطع في مجن ثمنه خمسة دراهم).

أقول: أما حديث سعد فقد رواه الطبراني والبيهقي، وفي إسناده أبو واقد الصغير، قال أحمد: لا بأس به، وضعفه الجمهور.

وأما حديث أنس فقد رواه البيهقي وبيَّن: أن المحفوظ هو عن أنس عن أبي بكر موقوفاً[3]، على أن هذه الأحاديث لو صحت فلا حجة فيها

---

(١) المستدرك: ٤/ ٣٧٨.

(٢) نصب الراية: ٣/ ٣٥٦.

(٣) انظر: السنن الكبرى: ٨/ ٢٥٩؛ مجمع الزوائد: ٦/ ٢٧٤.

على أن القطع لا يكون بأقل من ذلك ما دام قد ثبت عنه ﷺ القطع بأقل كما سيأتي.

رابعاً ـ أما أصحاب المذهب الرابع فالحجة لهم ما يلي:

١ـ صح عن أم المؤمنين عائشة قالت: قال النبي ﷺ: «**تقطع اليد في ربع دينار فصاعداً**» هذا لفظ البخاري، رواه مسلم من عدة طرق بلفظ: «**لا تقطع يد السارق إلا في ربع دينار فصاعداً**»[١].

فهذا لفظ رسول الله ﷺ، وهو نص صريح غير قابل للاحتمال.

٢ـ وصح عن ابن عمر: (أن رسول الله ﷺ قطع في مجن ثمنه ثلاثة دراهم)[٢] متفق عليه.

لذا فالراجح ما ذهب إليه الشافعي ومن وافقه، والله أعلم.

❑❑❑

(١) البخاري هامش الفتح: ١٢/ ٨٩ و٩٣؛ مسلم هامش النووي ١١/ ١٨٠و١٨٤.

(٢) المرجعان السابقان.

الباب السادس
أحكام تتعلق بالقضاء والبينات

الفصل الأول: شروط القاضي.

الفصل الثاني: بعض البينات.

* * *

تمهيد

القضاء: قول ملزم يصدر عن ولاية عامة.

البينات: جمع بينة؛ مأخوذة من البيان، وهو الكشف والإظهار.

والبينة في الشرع: تظهر صدق المدعي وتكشف الحق.

ورغم تباين رغبات فقهاء المسلمين في توليهم القضاء أو عدم توليهم له؛ فإني لا أعلم بينهم خلافاً في أنه يجب على المسلمين أن يكون لهم قضاة يفصلون في الخصومات ويقومون بما يتعلق بمنصب القضاء من الأمور الأخرى. وقد قضى رسول الله ﷺ بين الناس، وكذلك فعل خلفاؤه الراشدون وكبار الصحابة وجملة كبيرة من أجلة هذه الأمة.

أما من امتنع من الأئمة عن تولي القضاء: كأبي حنيفة، والشافعي، وسفيان الثوري وغيرهم فذلك مبالغة منهم في حفظ أنفسهم، ورغبة منهم في التفرغ للعلم والعبادة مع وجود غيرهم ممن يصلح للقضاء، ولو تعين عليهم لما تركوه. ومن هنا قال الفقهاء: الناس بالنسبة للقضاء على أنواع:

١- من تعين للقضاء كان القضاء عليه فرض عين، وعليه فإذا لم يوجد من يصلح للقضاء إلا شخص معين حرم عليه الامتناع عن توليه.

٢- وإن وجد متعددون يصلحون للقضاء، فإن امتنعوا كلهم أثموا، وإن تولاه بعضهم كان له الأجر ورفع الإثم عن الباقين.

٣- إذن فحكم تولي القضاء بالنسبة لهؤلاء فرض كفاية.

٤- إذا وجد عدد يصلح للقضاء، ودعي أصلحهم لتوليه؛ فهذا يستحب له التولي.

٥- إذا استوى شخص مع غيره في صلاحية تولي القضاء، فهو في هذه الحالة مخير إن شاء قبله وإن شاء لا، ما دام يوجد غيره يقبل هذا المنصب.

٦- يكره تولي القضاء لمن كان صالحاً له ويوجد غيره أصلح منه يقبل القيام به.

٧- يحرم تولي القضاء بالنسبة لمن يعلم من نفسه العجز عن القيام به[1].

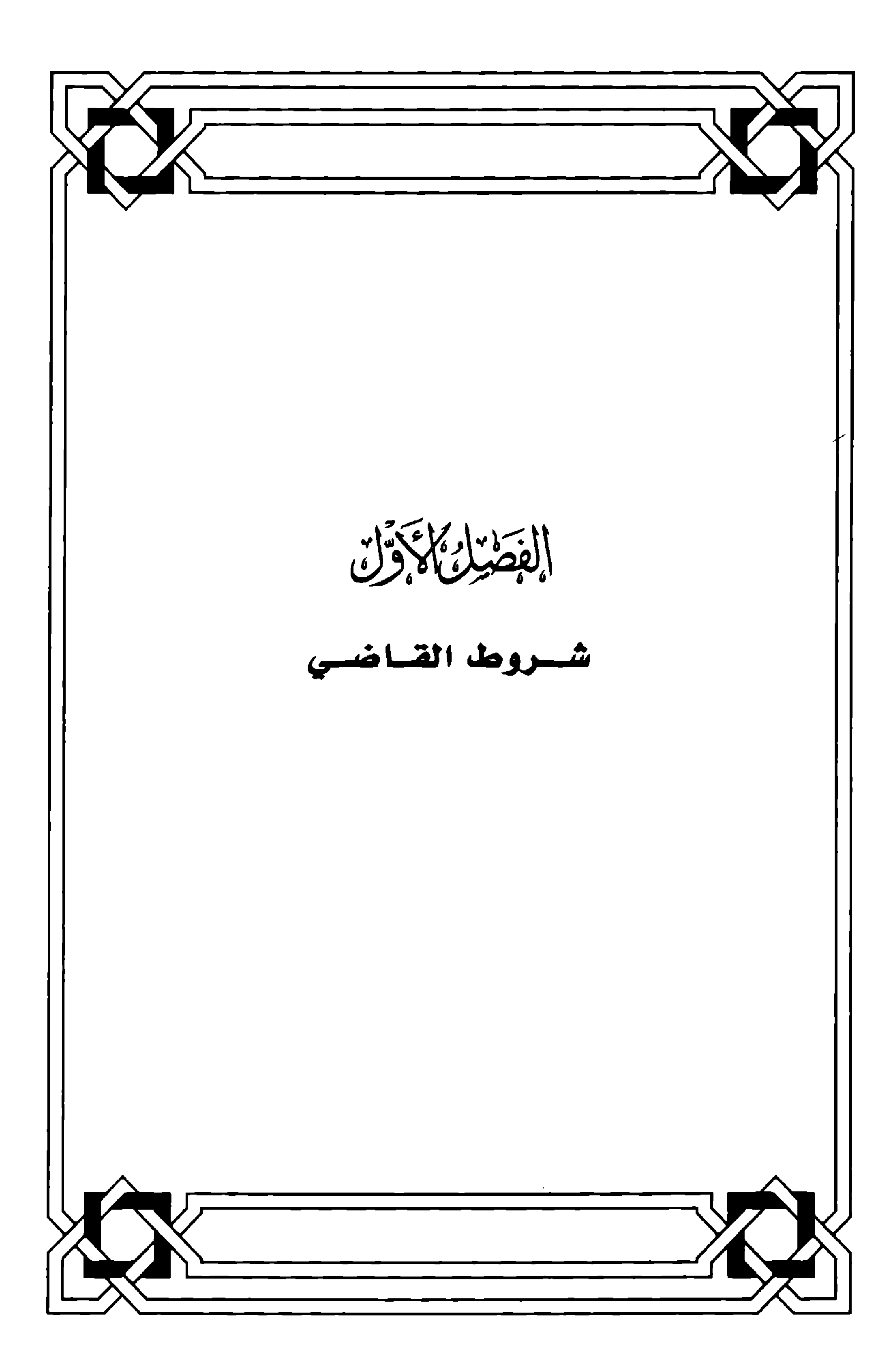
إذا تمهَّد هذا فإن المقرر علينا دراسته في هذه المرحلة مما يتعلق بهذا الباب أربعة مواضيع:

واحد منها يتعلق بالقضاء، وهو: شروط القاضي. وثلاثة مواضيع أخرى تتعلق بالبينات سأذكرها فيما بعد.

وسأتكلم عما يتعلق بالقضاء في فصل، وعما يتعلق بالبينات في فصل آخر، لذلك فإن هذا الباب سيتضمن فصلين:

❑❑❑

(١) انظر: الاختيار: ٢/ ٨٢ و١٠٩؛ أدب القضاء: ١/ ٢٦٥وما بعدها؛ أدب القاضي: ١/ ١٤٢ وما بعدها؛ نيل الأوطار: ٨/ ٢٦٥.



الفصل الأول

شروط القاضي

شروط القاضي

يذكر بعض الفقهاء هذه الشروط تحت عنوان صفات القاضي إلا أن الصفات لما كان منها ما هو واجب، ومنها ما هو مستحب، والمستحب منها لا يكاد يدخل تحت حصر، لذلك رأيت من الأولى الأخذ بطريقة من يعنْوِنون لهذا الموضوع بـ (الشروط) وسأشير بشكل مجمل في نهايته إلى الصفات المستحبة.

إذا عرفنا هذا فإن أهم الشرائط[١] التي تكلم الفقهاء في اشتراطها في القاضي عشرة:

١ـ **البلوغ**: فلا يصح قضاء الصبي، ولا تجوز توليته، لا أعلم في ذلك خلافاً.

٢ـ **العقل**: فلا يصح قضاء المجنون، ولا تجوز توليته، وهذا أيضاً لا خلاف فيه.

لكن ينبغي أن يعلم: أن الماوردي وغيره قد ذكروا أن العقل المراد هنا ليس مجرد الإدراك الذي يتعلق به التكليف، وإنما المراد منه: صحة التمييز، والبعد عن السهو والغفلة، وأن يكون له من الذكاء ما يستطيع معه التوصل إلى حل المشكلات والفصل في القضايا المعضلة.

٣ـ **سلامة الحواس**: السمع، والبصر، والنطق.

فالجمهور على عدم جواز تولية القضاء أعمى أو أصم أو أخرس.

---

(١) هناك شرط لم يعد له وجود في الواقع، وهو شرط الحرية، لذلك لم أذكره.

ولا أعلم في عدم جواز تولية الأعمى خلافاً إلا ما نقله الماوردي عن مالك، وما نقله ابن قدامة عن بعض أصحاب الشافعي: من أنهم يقولون بجواز تولية الأعمى القضاء.

إلا أن المالكية لم يرتضوا النقل المذكور عن إمامهم، وقالوا: لا يصح هذا عن مالك، وهم أعلم بمذهب إمامهم.

أما بالنسبة للمنقول عن بعض أصحاب الشافعي، فقد ذكر ابن أبي الدم: أن الجرجاني ـ الشافعي صاحب الربيع ـ حكى قولاً قديماً بعيداً: أنه يصح توليته، قال: وهو قول غريب لم أر أحداً حكاه غيره، ومثله لا يعد من المذهب.

وقد نقل بعض الفقهاء الإجماع على اشتراط السمع، لكن يوجد بعض خلاف؛ حيث أجاز بعض الحنفية قضاء الأصم.

أما بالنسبة للأخرس فقد أجاز قضاءه ابن سريج ـ من الشافعية ـ إذا كان مفهوم الإشارة، ومنعه الجماهير.

ومذهب الجمهور **فيما يبدو لي** واضح الرجحان، وذلك لأن التمييز بين الخصوم، وسماع دعواهم، والنطق عليهم بالحكم أمر لا بد منه في القضاء.

٤ـ الإسلام: فلا يجوز عند الجمهور تولية غير المسلم. ووافق أبو حنيفة الجمهور على ذلك لكنه قال: يجوز تقليد الكافر القضاء على أهل ملته فقط.

٥ـ اشترط الجمهور في القاضي أن يكون **رجلاً**، فلا يجوز عندهم تولية المرأة القضاء.

وأجاز ذلك ابن حزم مطلقاً.

ونقل مثل ذلك عن الطبري، لكن نقل الحافظ ابن حجر عنه القول بجواز قضائها فيما تصح فيه شهادتها.

وهذا مذهب أبي حنيفة أيضاً: حيث أجاز قضاءها فيما سوى الحدود والقصاص.

ونقل الحافظ ابن حجر: الجواز مطلقاً عن بعض المالكية، ولم أره فيما بين يدي من كتبهم.

وقد **احتج الجمهور** لمذهبهم بما صح عن رسول الله ﷺ: أنه قال: «**لن يفلح قوم ولوا أمرهم امرأة**» رواه البخاري[1].

وقال ابن قدامة: لم يولِّ النبي ﷺ ولا أحد من خلفائه ولا من بعدهم امرأة قضاء ولا ولاية بلد فيما بلغنا، ولو جاز ذلك لم يخل منه جميع الزمان غالباً.

وقد اعترض المخالفون للجمهور: بأن الحديث محمول على الولاية العامة: أي الخلافة؛ لأن الرسول ﷺ قال ذلك لما بلغه أن الفرس قد ملكوا عليهم ابنة كسرى.

وذكر ابن حزم ما يصلح ردّاً على ابن قدامة حيث قال:

روي عن عمر: أنه ولى الشفاء ـ امرأة من قومه ـ السوق. واحتج ابن حزم لمذهبه بقوله تعالى:

﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّواْ ٱلْأَمَٰنَٰتِ إِلَىٰٓ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُم بَيْنَ ٱلنَّاسِ أَن تَحْكُمُواْ بِٱلْعَدْلِ﴾ [النساء: ٥٨].

قال: هذا بعمومه متوجه إلى الرجل والمرأة، والدين كله واحد إلا حيث جاء نص بالفرق بين الرجل والمرأة فتستثنى حينئذ من العموم. ثم قال: ما نعلم لمن منع حجة أصلاً.

واحتجاج ابن حزم هذا واضح القوة كما ترى.

(١) البخاري هامش الفتح: ١٣/٤٦.

٦ ـ اشترط جمهور الفقهاء في القاضي أن يكون **عدلاً**، فلا يجوز تولية الفاسق القضاء ولا ينفذ قضاؤه. وعن أبي حنيفة وأصحابه روايتان:

إحداهما: موافقة للجمهور، وبها أخذ الطحاوي والخصاف.

والثانية: قالوا: يحرم على السلطان تولية غير العدل، لكن إذا ولاه نفذ قضاؤه، وهذا منقول عن بعض المالكية.

ونقل عن أبي بكر الأصم القول بصحة تولية الفاسق ونفوذ قضائه.

وردَّ الماوردي ذلك: بأنه خطأ، لقوله تعالى: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِن جَآءَكُمْ فَاسِقٌۢ بِنَبَإٍ فَتَبَيَّنُوٓاْ أَن تُصِيبُواْ قَوْمًۢا بِجَهَـٰلَةٍ﴾ [الحجرات: ٦].

قال: فقد منع الله تعالى من قبول قوله، فكان المنع من نفوذ قوله أولى.

وقد بين الماوردي المراد بالعدالة فقال: أن يكون صادق اللهجة، ظاهر الأمانة، عفيفاً عن المحارم، متوقياً للمآثم، بعيداً عن الريب، مأموناً في الرضا والغضب، مستعملاً لمروءة مثله في دينه.

٧ ـ اشترط الجمهور في القاضي أن يكون **عالماً**.

وقال أبو حنيفة وأصحابه، وبعض المالكية: لا يجوز للسلطان تولية الجاهل، لكن إذا ولاه نفذ قضاؤه، ويستفتي العلماء في ذلك.

ثم إن غالبية الفقهاء على أن المراد بالعالم هنا: المجتهد، وقد ذكر النووي وصفه فقال: أن يعرف من الكتاب والسنة ما يتعلق بالأحكام، مع معرفة خاص ذلك وعامه، ومجمله ومبينه، وناسخه ومنسوخه، ومتواتر السنة وغيره، والمتصل والمرسل، وحال الرواة قوة وضعفاً، ويعرف من لسان العرب وقواعد اللغة ما يمكنه من فهم الكتاب والسنة، وأن يكون عارفاً بأقوال العلماء من الصحابة ومن جاء بعدهم إجماعاً واختلافاً، حتى لا يقع في حكم أجمعوا على خلافه، وأن يكون عارفاً بأنواع القياس.

ويكفي أن نذكر هنا ما صح عن رسول الله ﷺ: أنه قال: «**القضاة ثلاثة: اثنان في النار وواحد في الجنة: رجل عرف الحق فقضى به فهو في الجنة، ورجل عرف الحق فجار في الحكم فهو في النار، ورجل قضى للناس على جهل فهو في النار**» رواه أبو داود، ورواه الحاكم وزاد: قالوا: يا رسول فما ذنب هذا الذي يجهل؟ قال: «**ذنبه أن لا يكون قاضياً حتى يعلم**».

قال الحاكم: حديث صحيح على شرط مسلم[١].

فالوعيد في هذا الحديث كافٍ للدلالة على عدم جواز قضاء الجاهل، لكن في اشتراط كون القاضي مجتهداً مطلقاً عسير شديد لا يخفى على أحد، فمثل هؤلاء قد لا يوجدون، وإن وجدوا فهم قلة، وهم في الغالب لا يرغبون في تولي القضاء؛ لذلك فالذي أميل إليه: أنه يكفي في القاضي أن يكون عالماً بأقوال الفقهاء، عارفاً بأدلتهم في المسائل المختلف فيها، وله من العلم ما يتمكن به من الترجيح، فمثل هذا وإن لم يكن من المجتهدين فهو لا يعد من الجهال، ما دام يعرف الأدلة ويميز بينها ويستطيع الترجيح، هذا أمر ظاهر لا يخفى، نعم لو وجد المجتهد المطلق ورضي بتولي القضاء كان هو الأولى ولا يجوز تولية من دونه.

٨ ـ اشترط الحنفية: أن لا يكون القاضي **محدوداً في قذف** وإن تاب. وخالفهم الجمهور فأجازوا قضاء المحدود إذا تاب.

واشتراط الحنفية هذا جاء من ناحية أنهم بنوا شروط القضاء على شروط الشهادة، والمحدود في القذف عندهم لا تقبل شهادته وإن تاب، بينما خالفهم الجمهور في ذلك، والراجح مذهب الجمهور، وليس هذا مكان بسط الأدلة.

---

(١) انظر: سنن أبي داود: ٣/ ٢٩٩؛ المستدرك: ٤/ ٩٠.

٩ ـ لم يشترط الجمهور في القاضي أن يكون كاتباً، واشترط ذلك بعض المالكية، وهو القول الراجح عند الإمامية، ووجه للشافعية.

ويبدو لي: أن عدم اشتراط الجمهور لكون القاضي كاتباً إنما هو أمر افتراضي؛ وذلك لأنهم قد اشترطوا في القاضي أن يكون عالماً، ويندر إن لم نقل يتعذر وجود عالم لا يعرف الكتابة، اللهم إلا إذا كان أعمى، وهم قد ذهبوا إلى عدم جواز تولية الأعمى القضاء.

١٠ ـ واشترط الإمامية في القاضي طهارة المولد؛ فلا يجوز عندهم تولية ولد الزنى، ولم يشترط الجمهور ذلك، وإنما اعتبروه من الصفات المستحبة، إلا أن سحنون ـ من المالكية ـ قال: لا يقضي في الزنى.

هذه مجمل الشرائط الواجبة، المتفق عليها والمختلف فيها، وهذه إنما تشترط جميعها فيمن يلي القضاء عند الإمكان، فإن تعذر وجود من تجتمع فيه هذه الشروط وولى السلطان من فقد واحداً أو أكثر منها؛ فهنا قال النووي: ينفذ حكمه للضرورة[1].

وأما الصفات المستحبة والتي وعدت بذكر مجمل لها فهي في القاضي كثيرة، نذكر منها ما يلي:

قال ابن قدامة: ينبغي أن يكون الحاكم قوياً من غير عنف، ليناً من غير ضعف، لا يطمع القوي في باطله، ولا ييئس الضعيف من عدله، ويكون حليماً متأنياً، ذا فطنة وتيقظ، عالماً بلغات أهل ولايته، عفيفاً ورعاً، بعيداً

(١) انظر المسألة في: الهداية مع فتح القدير: ٥/ ٤٥٣ وما بعدها؛ مجمع الأنهر: ٢/ ١٥١ وما بعدها؛ اللباب، ص ٣٠٤ وما بعدها؛ الاختيار: ٢/ ٨٢ وما بعدها؛ الفتاوى الخانية: ٢/ ٣٦٢ وما بعدها؛ شرح الدردير مع حاشية الدسوقي: ٤/ ١٢٩ وما بعدها؛ تبصرة الحكام، ص ١٧؛ القوانين الفقهية، ص ٢٥٣ وما بعدها، حاشية العدوي مع شرح الرسالة: ٢/ ٣١٠؛ المنهاج مع مغني المحتاج: ٤/ ٣٧٥؛ أدب القاضي: ٢/ ٦١٨؛ فتح الباري: ١٣/ ٤٧؛ المغني: ١١/ ٣٨٠؛ المحلى: ٩/ ٣٦٣و٤٣٩؛ نيل الأوطار: ٨/ ٢٧٤؛ شرائع الإسلام: ٤/ ١٧؛ أدب القضاء: ١/ ٢٧١ وما بعدها.

عن الطمع، صدوق اللهجة، ذا رأي ومشورة، لكلامه لين إذا قرب، وهيبة إذا أوعد، ووفاء إذا وعد، ولا يكون جباراً ولا عسوفاً. قال: قال علي: لا ينبغي أن يكون القاضي قاضياً حتى تكون فيه خمس خصال: عفيف، حليم، عالم بما كان قبله، يستشير ذوي الألباب، ولا يخاف في الله لومة لائم[١].

وزاد بعضهم على ذلك: أن يكون غنياً، فإن كان فقيراً أغناه السلطان وأدى عنه ديونه، وأن يكون رحيماً يشفق على الضعفاء، وأن يكون من أهل البلد الذي يقضي فيه[٢].

وعدَّ الفقهاء من آداب القضاء: أن لا يقبل هدية وإن قلت إلا إذا كانت من قريب أو ممن جرت عادته بمهاداته، وبشرط أن لا تزيد عن العادة، وأن لا تكون للمهدي خصومة، قالوا: ولا يحضر دعوة خاصة، ولا يبيع ويشتري بنفسه إن أمكنه ذلك، ولا يمازح، وإن عرض له هم أو نعاس أو غضب أو جوع أو عطش أو نحو ذلك كف عن القضاء[٣].

وبالجملة فكل صفة من صفات الخير الزائدة عما يجب الاتصاف به، وكل ما يساعده على الإجادة في تحقيق العدالة، وحفظ هيبة القضاء، والبعد عن التهم، كل ذلك يعتبر من آداب القضاء ومن الصفات المستحب توفرها في القاضي.

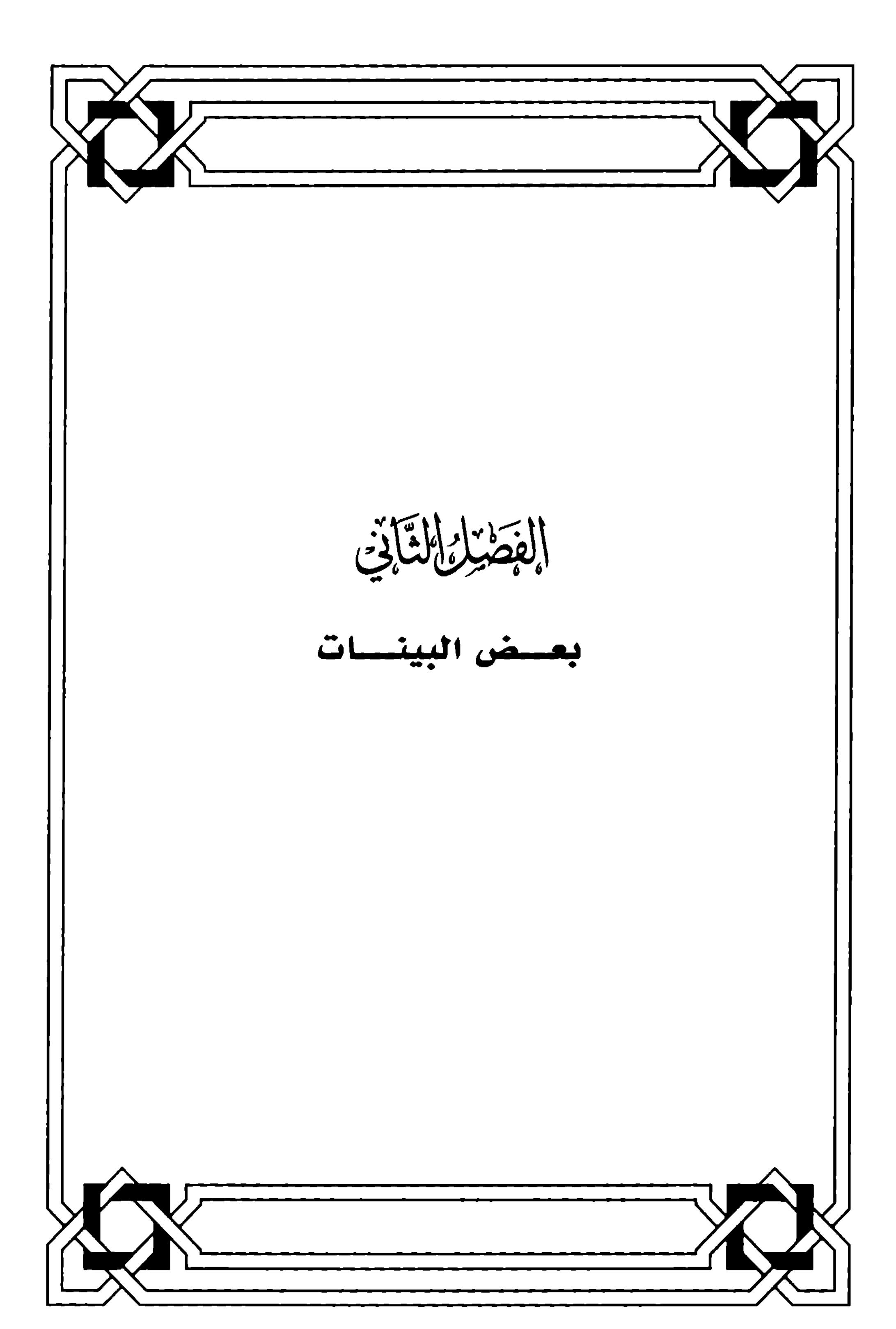
❑❑❑

---

(١) المغني: ١١/ ٣٨٥.

(٢) القوانين الفقهية، ص ٢٥٤.

(٣) مجمع الأنهر: ٢/ ١٥٨.



الفصل الثاني

بعض البينات

تمهيد

وسائل الإثبات كثيرة، المقرر علينا دراسته في هذه المادة ثلاث منها اشتد الخلاف فيها، هي: قضاء القاضي بعلمه الشخصي، والقضاء بالشاهد الواحد واليمين، والقضاء بالنكول عن اليمين.

وسأفرد لكل واحد مبحثاً، لذلك فإن هذا الفصل سيتضمن ثلاثة مباحث:



المبحث الأول
قضاء القاضي بعلمه الشخصي

إذا خليت الدعوى من وسائل الإثبات العادية، وكان للقاضي علم بها، فهل يجوز له أن يقضي فيها بناء على علمه؟ اختلف الفقهاء على مذهبين رئيسين:

المذهب الأول: يقضي القاضي بناء على علمه. وبذلك قال أبو حنيفة وصاحباه، والظاهرية، والزيدية، وهو أظهر القولين في مذهبي الشافعي والإمامية. ورواية عن أحمد.

إلا أن أصحاب هذا المذهب اختلفوا فيما يقضي فيه القاضي بعلمه:

فقالت الظاهرية والإمامية وبعض الزيدية: يقضي بعلمه مطلقاً، واستثنى الباقون حقوق الله ـ أي: الحدود ـ فلا يقضي فيها بعلمه إلا القذف، لأن فيه حقّاً للمقذوف.

وزاد أبو حنيفة على ذلك: أن يكون علمه بالحادثة قد وقع في زمن ولايته وفي محلها، فإن علم بها قبل ولايته، أو بعدها لكن في غير محلها فإنه لا يقضي فيها بناء على علمه.

المذهب الثاني: لا يقضي القاضي بعلمه، وبه قال مالك، وأحمد في أظهر الروايتين، وهو قول للشافعي والإمامية.

الأدلة ومناقشتها

أولاً ـ أدلة أصحاب المذهب الأول:

١ ـ قالوا: إن وسائل الإثبات طرق يتوصل بها الحاكم إلى معرفة المحق من المبطل، فإذا شهد العدول بحق لشخص، أو أقر شخص بحق، ترجَّح لدى القاضي: أن المشهود له أو المقر له محق فيقضي له بالحق؛ لأن الظاهر أن العدول لا يكذبون، كما أن الظاهر صدق الشخص فيما يقر به على نفسه، وهكذا نرى أن هذه الوسائل يجب الحكم بمقتضاها؛ لأنه بواسطتها ترجح للقاضي معرفة المحق، مع ما فيها من احتمال الخطأ وغيره، وإن كان احتمالاً بعيداً.

إذا عرفنا هذا فإن مما لا شك فيه: أن مرتبة العلم الحاصلة للقاضي بواسطة هذه الوسائل لا تبلغ مرتبة العلم الحاصلة له بواسطة مشاهدته، وعليه فإذا كان الشارع قد أوجب عليه القضاء بمقتضى الوسائل السابقة فإنه من باب أولى يجب عليه القضاء بمقتضى المشاهدة أو ما جرى مجراها.

والذي يبدو لي: أن هذا التوجيه قد يسلم بالنسبة إلى علم القاضي لنفسه، فما يشاهده يكون متيقناً منه أكثر مما لو أخبره به الشهود مهما كثروا، لكن من الواضح هنا أن الأمر لا يتوقف عند حدود معرفة القاضي الشخصية، وإنما يتعداه إلى أن هذه المعرفة سيبنى عليها حكم قضائي يقرر مصائر أمور الناس، بل ربما يقرر مصائر الناس أنفسهم، ومعرفة الشخص الواحد بالشيء مهما بلغت درجة اليقين فيها لا يبنى عليها حكم قضائي، ومن هنا لم يجعل الشارع لشهادة الشاهد الواحد بمفردها أثراً في صدور الحكم بموجبها أيّاً كان ذلك الشاهد ـ باستثناء شهادة خزيمة، وهي خصوصية لا يقاس عليها ـ مع أن الشاهد أيضاً لا يجوز له أن يشهد إلا إذا تيقن.

إذا عرفنا هذا: فإن القاضي شخص واحد ليس إلا، ومهما بلغ علمه ودرجة يقينه بالأمر فإن ذلك لا يتعدى في قوته شهادة الشاهد الواحد، ولو

قيل: بأن علم القاضي إذا انضم إليه شاهد واحد وجب الحكم بموجبه، فإن ذلك ربما يكون مستقيماً، وهو قول ذهب إليه جملة من فقهاء السلف، أما القول بأن مجرد علمه يوجب الحكم فإن ذلك فيه من الخطورة ما لا يخفى، فإن القاضي ـ ما لم يكن نبيّاً ـ ليس بمعصوم من الخطأ بل وحتى الجور في الحكم، ومن هنا لم يسع العز بن عبد السلام ـ وهو شافعي المذهب ـ إلا أن يقيد جواز قضاء القاضي بعلمه بكون القاضي ظاهر التقوى والورع[١].

لكن حتى هذا غير كافٍ، وذلك لأن بعض الفقهاء قد أجاز للقاضي أن يقضي بعلمه مطلقاً: في جميع الأحوال والقضايا، وهذا يلزم منه القول بأن للقاضي أن يعمد إلى رجل مستور الحال معروف بالصلاح فيرجمه ويدَّعي بأنه رآه يزني، أو يفرق بينه وبين زوجته ويدعي بأنه قد سمعه يطلِّق، وهكذا، فهذا باب لو فتح لدخل منه القضاة جميعاً! مع أن فيهم العادل وغيره، والورع وغيره، والمتأني في الحكم والمتهور فيه، وقد لا يظهر الفرق بين قاضٍ وآخر، بل إن القاضي قد يكون ورعاً عادلاً لا متروياً في أحكامه كلها إلا في قضية معينة يخرج فيها عن مألوف عادته لسبب ما أو هوى في نفسه جره إلى ذلك، فهو كما ذكرت ليس بمعصوم، فإذا حصل منه ذلك ونحن لا نعلم؛ فماذا نفعل؟!.

ثم إن إعطاء القاضي سلطة القضاء بعلمه يجعله في موقف تتطرق فيه التهمة إليه حتى ولو كان تقيّاً ورعاً عادلاً، هذا أمر لا شك فيه، ولنا في قصة موسى مع صاحبه والتي قصَّها القرآن الكريم علينا في سورة الكهف عبرة كافية، فصاحب موسى لا يفعل إلا ما يأمره الله تعالى به، وموسى عليه السلام رسول نبي وهو يعلم ذلك، ومع هذا غلبت عليه طبيعته البشرية، فقال له مرة: ﴿لَقَدْ جِئْتَ شَيْئًا إِمْرًا﴾ وقال له أخرى: ﴿لَّقَدْ جِئْتَ شَيْئًا نُّكْرًا﴾ كما حكى ذلك القرآن الكريم عنه، فإذا كان هذا حال الأنبياء فما بالك بما يظنه

---

(١) انظر: مغني المحتاج: الصفحة السابقة.

سائر الناس بالقضاة إذا أجيز لهم القضاء بعلمهم، وإذا سرى الظن وتطرقت التهمة إلى القضاء تزعزعت مكانته في نفوس الناس، فلو لم يكن في سد هذا الباب إلا إبعاد القضاء عن أن تتطرق إليه التهم لكان ذلك وحده كافياً للقول بوجوب سده.

٢ ـ واحتج ابن حزم بقوله تعالى: ﴿كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ﴾ [النساء: ١٣٥]، وبقوله ﷺ: «**من رأى منكم منكراً فليغيره بيده، فإن لم يستطع فبلسانه...**»[١]، وقال ما حاصله: ليس من القسط أن يترك الظالم على ظلمه فلا يغيره القاضي، وإذا لم يغير القاضي المنكر الذي يراه حتى تأتيه البينة على ذلك فقد عصى رسول الله ﷺ، فصح أن فرضاً عليه أن يغير كل منكر علمه بيده، وأن يعطي كل ذي حق حقه، وإلا فهو ظالم[٢].

أقول: هذا صحيح، لكن يجب أن يكون ضمن الضوابط المقررة وبعكس ذلك سينقلب الأمر إلى ضده ويصبح صمام الأمان، وهو القضاء، مصدراً من مصادر الخطر. أما الضرب على يد الظالم وإيصال حقوق الناس إليهم فإن ذلك لا يتوقف على قضاء القاضي بعلمه، إذ إن لصاحب الحق طريقاً آخر، وهو رفع دعواه إلى قاضٍ آخر، ويتقدم القاضي الذي له علم بالواقعة بشهادته، فإن لم يكن له شاهد آخر حلف يميناً، فيقضي له حينئذ بالشاهد واليمين، ويصل إليه حقه بذلك، أما الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر فهذا أمر آخر أوسع من القضاء بكثير، وما القضاء إلا باب واحد من أبوابه، ولهذا الباب ضوابط، فيجب أن لا يجرد منها، على أننا نعلم يقيناً أن الرسول ﷺ كان يعرف المنافقين، فالله سبحانه وتعالى يقول:

﴿وَلَا تُصَلِّ عَلَىٰ أَحَدٍ مِّنْهُم مَّاتَ أَبَدًا وَلَا تَقُمْ عَلَىٰ قَبْرِهِ ۖ إِنَّهُمْ كَفَرُوا بِاللَّهِ وَرَسُولِهِ وَمَاتُوا وَهُمْ فَاسِقُونَ﴾ [التوبة: ٨٤].

---

(١) انظر الحديث في: صحيح مسلم هامش النووي: ٢/ ٢٢.

(٢) المحلى: ٩/ ٤٢٩.

فنهيه تعالى لرسوله ﷺ عن الصلاة على أحد من المنافقين دليل قاطع على أنه ﷺ كان يعرفهم، ومع ذلك لم يثبت أنه ﷺ قد طبق عليهم أي حكم من الأحكام التي تطبق على الكفار: كالتفريق بينهم وبين نسائهم المسلمات، وقطع التوارث بينهم وبين أقاربهم المسلمين... وما سوى ذلك من الأحكام التي تطبق على الكافر مع أن المنافقين أسوأ أنواع الكفرة.

٣ ـ واحتج الشوكاني لذلك بحديث أبي هريرة قال:

جاء رجلان يختصمان إلى رسول الله ﷺ، فقال للمدعي: «**أقم البينة**» فلم يقمها، فقال للآخر: «**احلف**» فحلف بالله الذي لا إلـٰه إلا هو ما له عنده شيء.. الحديث قال الحافظ ابن حجر: رواه أحمد، والنسائي، والحاكم، قال: وفي رواية الحاكم: أنه ﷺ قال: «**بل هو عندك! ادفع إليه حقه**» قال: وفي رواية أحمد: فنزل جبريل ﷺ على النبي ﷺ وقال: إنه كاذب، إن له عنده حق، فأمره أن يعطيه... الحديث[1].

فهذا دليل على أنه ﷺ قد قضى بعلمه.

والجواب على ذلك: أن الحديث لا يصح الاحتجاج به، فقد أعله ابن حزم وأبو حاتم على ما ذكره الحافظ ونقله الشوكاني عنه، على أنه لا دلالة فيه حتى لو سلمت صحته، لأن من الواضح أنه ﷺ لم يحكم في هذه القضية بعلمه، وإنما الشاهد والحاكم فيها هو الله تعالى، أما الرسول ﷺ فهو منفذ للحكم، وهذه صورة لا يمكن لأحد النزاع فيها، لكنها لا تتهيأ إلا لنبي، والقضاة ليسوا بأنبياء.

وقد احتجوا بأحاديث أخرى أرى أنها خارجة عن محل النزاع، منها: حديث هند لما قالت للرسول ﷺ: إن أبا سفيان رجل شحيح: لا يعطيني من النفقة ما يكفيني ويكفي بني إلا ما أخذت من ماله بغير علمه، فهل علي

---

(١) انظر تخريج الحديث في: التلخيص الحبير: ٤/ ٢٠٩؛ نيل الأوطار: ٨/ ٣٠١.

في ذلك جناح؟ فقال رسول الله ﷺ: «**خذي من ماله بالمعروف ما يكفيك ويكفي ولدك**» رواه مسلم(١).

أقول: لو تأملت الحديث أدنى تأمل لوجدت أنه فتيا وليس بقضاء.

هذه أدلة أصحاب المذهب الأول من حيث العموم، وبقي أن نشير إلى أدلة الاختلافات الفرعية بينهم فنقول:

من فرق بين علم القاضي أثناء ولايته وفي محلها فيحكم بموجبه، وبين ما إذا كان علمه قبل الولاية، أو كان بعدها في غير محلها فلا يحكم بموجبه، فإنه قد علل ذلك بأنه قبل الولاية أو في غير محلها شاهد لا حاكم، وشهادة الواحد لا يثبت بها الحق.

أما من استثنى الحدود وقال: لا يقضى فيها بعلم القاضي فقد علل ذلك: بأن الحدود حق لله تعالى، وحقوق الله تعالى مبنية على المسامحة، وأيضاً: فإن القاضي نائب عن الله تعالى فيها، فكأنه أصبح طرفاً في الدعوى. وأيضاً: فإن الحدود تسقط بالشبهات، وفي قضاء القاضي بعلمه شبهة، لمحل الاختلاف فيه.

واعترض ابن حزم هذا: بأن الأحاديث الواردة في أن الحدود تسقط بالشبهات باطلة(٢).

وفيما قاله نظر؛ لأن الحديث له طرق عدة:

فعن أبي هريرة: أنه ﷺ قال: «**ادفعوا الحدود ما وجدتم لها مدفعاً**». رواه ابن ماجه، وفي إسناده إبراهيم بن الفضل المخزومي، وهو ضعيف.

وعن عائشة: أنه ﷺ قال: «**ادرؤوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم**» رواه الترمذي وضعفه، وصحح وقفه.

---

(١) مسلم هامش النووي: ٧/١٢.

(٢) المحلى: ٤٢٨/٩.

وعن علي: أنه ﷺ قال: «**ادرؤوا الحدود**» رواه البيهقي وضعفه. وذكره الشوكاني بلفظ: «**ادرؤوا الحدود بالشبهات**».

وذكر الحافظ ابن حجر: أن الحديث بهذا اللفظ رواه أبو حنيفة من طريق مقسم عن ابن عباس مرفوعاً.

قال الشوكاني: هذه الأحاديث وإن كان كل منها بمفرده ضعيف، إلا أنها بمجموعها يشد بعضها بعضاً، فتكون صالحة للاحتجاج بها.

وصح موقوفاً عن عمر، وابن مسعود، وروي أيضاً عن معاذ بن جبل، وعقبة بن عامر(١).

ثم إن العلماء قد تلقوه بالقبول حتى إن ابن قدامة نقل الإجماع على أن الحدود تدرأ بالشبهات(٢).

ويؤيد هذا كله: أن المقر يقبل رجوعه عن إقراره في الحدود دون غيرها، بل إن الصحابة كانوا يلقنون المقر بالحدود الرجوع عن إقراره(٣).

ثانياً ـ أدلة أصحاب المذهب الثاني:

يوجد في المناقشة التي أوردناها على أدلة أصحاب المذهب الأول ما يصلح للاستدلال به لرأي أصحاب المذهب الثاني، ونضيف إلى ذلك ما يلي:

١ ـ ما صح عن أم المؤمنين عائشة: (أن النبي ﷺ بعث أبا جهم بن حذيفة مصدقاً، فلاحّه رجل في صدقته، فضربه أبو جهم فشجَّه، فأتوا النبي ﷺ، فقالوا: القود يا رسول الله، فقال: «**لكم كذا وكذا**» فلم يرضوا به، فقال: «**لكم كذا وكذا**» فرضوا به، فقال رسول الله ﷺ: «**إني خاطب على**

---

(١) انظر: ابن ماجه: ٢/ ٨٥٠؛ الترمذي هامش تحفة الأحوذي: ٢/ ٣١٨؛ السنن الكبرى: ٨/ ٢٣٨؛ التلخيص الحبير: ٤/ ٥٦؛ نصب الراية: ٣/ ٣٣٣؛ نيل الأوطار: ٧/ ١١٠.

(٢) المغني: ١٠/ ١٥٥.

(٣) مصنف عبد الرزاق: ١٠/ ٢٢٤.

الناس ومخبرهم برضاكم»، قالوا: نعم فخطب النبي ﷺ فقال: «**إن هؤلاء أتونا يريدون القود فعرضت عليهم كذا وكذا فرضوا، أرضيتم؟**» قالوا: لا، فهمَّ المهاجرون بهم، فأمرهم رسول الله ﷺ أن يكفوا عنهم، فكفوا، ثم دعاهم فزادهم، فقال: «**أرضيتم؟**» قالوا: نعم، قال: «**فإني خاطب على الناس ومخبرهم برضاكم**»، قالوا: نعم، فخطب الناس ثم قال: «**أرضيتم؟**» قالوا: نعم) رواه النسائي وأبو داود وغيرهما[١].

فهذا رسول الله ﷺ قد علم رضاهم، ومع ذلك لما أنكروا لم يحكم بعلمه، فلو كان لقاضٍ حق القضاء بعلمه لقضى بذلك الرسول ﷺ.

٢ ـ وفي المسألة آثار عدة عن الصحابة رضي الله عنهم، منها:

أ ـ ما صح عن الصديق: أنه قال: لو رأيت رجلاً على حد من حدود الله، لم أحده أنا، ولم أدع له أحداً حتى يكون معي غيري. روى البيهقي هذا الأثر من طريق الزهري عن أبي بكر الصديق؛ لذلك أعله بالانقطاع، لكن الحافظ ابن حجر أوضح: أن الزهري رواه بواسطة زيد بن الصلت، فبذلك زالت العلة[٢].

ب ـوعن عمر: أنه قال لعبد الرحمن بن عوف: (أرأيت لو رأيت رجلاً قتل أو شرب أو زنى؟ قال: شهادتك شهادة رجل من المسلمين، قال له عمر: صدقت)[٣].

قال ابن حزم: وروي نحو هذا عن معاوية، وابن عباس.

جـ ـ وعن عمر وقد اختصم إليه في شيء يعرفه، فقال للطالب: إن شئت شهدت ولم أقض، وإن شئت قضيت ولم أشهد. أخرجه ابن حزم[٤].

---

(١) النسائي: ٨/ ٣٥؛ سنن أبي داود: ٢/ ١٨٢؛ ابن ماجه: ٢/ ٨٨١.

(٢) السنن الكبرى: ١٠/ ١٤٤؛ المحلى: ٩/ ٤٢٦؛ نيل الأوطار: ٨/ ٢٩٧.

(٣) المصادر السابقة.

(٤) مغني المحتاج: ٤/ ٣٩٨.

د ـ وذكر الصنعاني: أن أبا نعيم أخرج بإسناده قصة حاصلها:

(أن درعاً لعلي سقطت منه، فوجدها عند يهودي قد التقطها، فطالبه بها، فأبى اليهودي أن يدفعها له، فاختصما إلى شريح القاضي فقال: شريح: صدقت والله يا أمير المؤمنين إنها لدرعك، ولكن لا بد لك من شاهدين؛ فدعا قنبراً والحسن بن علي، فشهدا له، فقال شريح: أما شهادة مولاك فقد أجزناها، وأما شهادة ابنك فلا نجيزها، فقال له علي: ثكلتك أمك؛ أما سمعت عمر بن الخطاب يقول: قال رسول الله ﷺ: **«الحسن والحسين سيدا شباب أهل الجنة»** قال: اللهم نعم، قال: أفلا تجيز شهادة سيدي شباب أهل الجنة؟ ثم قال لليهودي: خذ الدرع، فقال اليهودي: أمير المؤمنين جاء معي إلى قاضي المسلمين فقضى لي ورضي، صدقت والله إنها لدرعك، وأسلم، فوهبها له علي وأجازه بتسعمئة).

قال الصنعاني: قول شريح: (إنها لدرعك) كأنه عرفها ويعلم أنها درعه، لكنه لا يرى الحكم بعلمه، كما أنه لا يرى شهادة الولد لأبيه[١].

فهذا قضاء شريح في درع علي وبحضوره، ولم ينكر عليه ذلك. ولم يقل له: ما دمت تعلم أنها درعي فلماذا لم تحكم لي بها؟! الأمر الذي يدل على أن عدم قضاء القاضي بعلمه هو رأي علي أيضاً.

وبهذا يتضح أن عدم قضاء القاضي بعلمه هو رأي أبي بكر، وعمر، وعلي، وعبد الرحمن بن عوف، ومعاوية، وابن عباس رضي الله عنهم، ولا نعلم لهم في ذلك مخالفاً من الصحابة.

لذلك فالراجح ما ذهب إليه أصحاب المذهب الثاني.

---

(١) سبل السلام: ٤/١٢٦.

وقد أشرت سابقاً إلى أن كلّاً من الفريقين قد أورد أدلة أخرى، أرى أنها خارجة عن محل النزاع، لذلك لم أذكرها، وقد ذكرها البيهقي، والشوكاني، وابن قدامة؛ فراجعها إن أردت.

ثم ينبغي أن يعلم: أن هذا الخلاف إنما هو في قضاء القاضي بعلمه، أما قضاء القاضي بما يخالف علمه، فقد نقل النووي الإجماع على عدم جوازه، وذلك كما إذا شهد شاهدان بزوجية بين اثنين، وهو يعلم أن بينهما محرمية أو طلاقاً بائناً، ففي هذه الحالة لا يجوز للقاضي أن يقضي بالبينة في ذلك، لأنه لو قضى بها لكان قاطعاً ببطلان حكمه، والحكم بالباطل محرم.



المبحث الثاني
القضاء بالشاهد الواحد واليمين

لا خلاف بين الفقهاء في أن المدعي إذا أقام البينة على دعواه بشهادة كاملة النصاب، وقبل القاضي شهادة الشهود، فإنه يحكم له بما ادعاه.

وإذا لم يكتمل نصاب الشهادة وطلب المدعي يمين المدعى عليه وحلف، فإن دعوى المدعي في هذه الحالة ترد.

أما إذا لم يطلب المدعي يمين المدعى عليه، ففي هذه الحالة هل يكمل النقص في نصاب الشهود بيمين المدعي ويقضى له بذلك أو لا؟.

هنا: لا أعلم خلافاً بين الفقهاء في أنه لا يقضى بالشاهد الواحد ويمين المدعي في الحدود؛ فهذه لا يقضى فيها إلا بالإقرار، أو الشهادة الكاملة النصاب.

ثم اختلف الفقهاء فيما سوى ذلك:

فذهب بعضهم إلى: أنه لا يقضى بالشاهد واليمين في شيء من الحقوق. نسب ابن رشد هذا المذهب إلى جمهور أهل العراق. وبه قال بعض الفقهاء من التابعين ومن بعدهم، وإليه ذهب أبو حنيفة وأصحابه، وزيد ابن علي.

بينما ذهب أكثر الفقهاء ـ على ما ذكره ابن قدامة ـ إلى: القضاء بالشاهد واليمين. وقد روي ذلك عن الخلفاء الأربعة، وفقهاء المدينة السبعة فيما عدا رواية عروة بن الزبير، وقال بذلك كثير غيرهم من فقهاء الصحابة

والتابعين ومن بعدهم، وإليه ذهب مالك، والشافعي، وأحمد، والظاهرية، والإمامية وغالبية الزيدية.

وقد نقل الصنعاني في (سبل السلام)، وصاحب (البحر الزخار) الإجماع على أنه لا يقضى بالشاهد واليمين في الحدود والقصاص، إلا أن في ذلك بعض خلاف.

فقد قال ابن حزم بوجوب القضاء بها في كل شيء باستثناء الحدود.

وذهب الهادوية ـ من الزيدية ـ إلى أنه يقضى بها في كل شيء باستثناء الحدود والقصاص.

والذي أعلمه من مذهب جمهور الفقهاء: أنه يقضى بها في الأموال أو ما كان المقصود منه المال، أما ما سوى ذلك فإنه لا يقضى فيه بالشاهد واليمين.

وهذا مذهب مالك، والشافعي، وأحمد، والإمامية، إلا أن الإمامية قالوا في إثبات النكاح بذلك تردد.

فتلخص لنا من ذلك: أنهم اتفقوا على عدم القضاء بالشاهد واليمين في الحدود، ثم اختلفوا فيما سوى ذلك على أربعة مذاهب:

١ ـ فقال أبو حنيفة ومن وافقه: لا يقضى بذلك في شيء من الحقوق.

٢ ـ وقال ابن حزم: يقضى به فيما سوى الحدود، لا فرق في ذلك بين القصاص وغيره.

٣ ـ وقالت الهادوية: يقضى بذلك فيما سوى الحدود والقصاص.

٤ ـ وقال الجمهور: يقضى به في الأموال أو ما يؤول إليها فقط، باستثناء التردد الذي ذكره الإمامية في النكاح[١].

---

(١) انظر: مختصر الطحاوي، ص ٣٣٣، الجوهر النقي هامش السنن الكبرى: ١/ ١٧٤؛ الاختيار: ٢/ ١١١، القوانين الفقهية، ص٢٥٩، المدونة: ١٣/ ٣٣؛ التمهيد: ٢/ ١٥٣؛ بداية المجتهد: ٢/ ٥٠٧؛ شرح الدردير: ٤/ ١٨٧؛ مغني المحتاج: ٤/ ٤٤٣؛ المغني: =

الأدلة ومناقشتها

أولاً ـ احتج المانعون للقضاء بالشاهد واليمين بما يلي:

١ ـ قوله تعالى: ﴿وَٱسْتَشْهِدُواْ شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْۖ فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَٱمْرَأَتَانِ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ ٱلشُّهَدَآءِ﴾ [البقرة: ٢٨٢].

وجه الدلالة: أن الشارع قد طلب بنص هذه الآية استشهاد شاهدين من الرجال، ونص عند عدم وجودهما على قبول شهادة رجل وامرأتين، ولم يذكر شيئاً آخر غير ذلك، وعليه فإذا قلنا بقبول شهادة الشاهد الواحد مع يمين المدعي كان ذلك زيادة على النص، والزيادة على النص نسخ، وذلك لا يكون إلا بالتواتر أو المشهور، ولا يوجد دليل بهذه الصفة يدل على قبول ذلك حتى يزاد به على ما دل عليه النص القرآني.

أقول: واضح من سوق الاستدلال على هذا النحو أنه مبني على ما ذهب إليه الحنفية من أن الزيادة على النص نسخ، وهذا غير مسلم لأمرين:

أحدهما: أن النسخ رفع للحكم، ولا رفع هنا بل زيادة، والزيادة في الشيء تقرير له لا رفع.

ثانيهما: أن الناسخ والمنسوخ لا بد من تواردهما على محل واحد، وهذا غير متحقق في الزيادة على النص(١).

على أن ذلك لو سلم فإنهم قد أجازوا النسخ بالمشهور، وحديث القضاء بالشاهد واليمين قد رواه أكثر من عشرين من الصحابة ـ كما سيأتي ـ فأي شهرة تزيد على هذه الشهرة؟!.

= ٨/١٢ وما بعدها المحلى: ٩/٤٠٤؛ البحر الزخار: ٥/٤٠٣؛ نيل الأوطار: ٨/٢٩٥؛ سبل السلام: ٤/١٣١؛ شرائع الإسلام: ٤/٩٢.

(١) انظر: فتح الباري: ٥/٢٠٧.

٢ ـ **واحتجوا** أيضاً بما صح عن ابن عباس: أنه ﷺ قال: «**لو يعطى الناس بدعواهم، لادعى ناس دماء رجال وأموالهم، ولكن اليمين على المدعى عليه**» متفق عليه، واللفظ لمسلم[١].

وجه الدلالة: أن الشارع قد جعل جنس اليمين على المدعى عليه، فإذا قيل بأن هناك يميناً يمكن توجيهها إلى المدعي، فمعنى ذلك أنه ليس جميع أفراد اليمين متوجهة إلى المدعى عليه، وهذا مخالف لما نص عليه الحديث المذكور، فلا يصح هذا القول.

ومثل هذا في الدلالة قوله ﷺ: «**البينة على المدعي، واليمين على من أنكر**» رواه البيهقي، قال الحافظ ابن حجر: إسناده صحيح[٢].

وأجيب عن ذلك: بأن هذه الأحاديث سيقت لبيان: أن الشأن في مبدأ الخصومة هو: أن البينة على المدعي واليمين على من أنكر، وهذا لا نزاع فيه، وإنما النزاع في دلالة هذه الأحاديث على المنع من قبول الشاهد واليمين، نحن نقول بأنهما لا يمنعان من ذلك إلا أن يكون عن طريق المفهوم، والمفهوم لا يقاوم منطق الأحاديث الدالة على القضاء بذلك.

٣ ـ واحتجوا أيضاً بما صح: أنه ﷺ قال للمدعي: «**شاهداك أو يمينه**» متفق عليه، وزاد مسلم في رواية: «**ليس لك غير ذلك**»[٣].

وجه الدلالة: أن الشارع قد خير المدعي بين أمرين لم يذكر معهما ثالثاً، والتخيير بين أمرين معينين يقتضي المنع من تجاوزهما ومن الجمع بينهما.

الحق أن هذه كلها استدلالات بمفاهيم، وهي لا تقاوم منطوق الأحاديث الدالة على القضاء بالشاهد واليمين، على أن العمل بشهادة

---

(١) البخاري هامش الفتح: ٥/ ٢٠٧؛ مسلم هامش النووي: ١٢/ ٢.

(٢) السنن الكبرى: ٥/ ٢٠٨؛ بلوغ المرام مع سبل السلام: ٤/ ١٣٢.

(٣) البخاري هامش الفتح: ٥/ ٥٠٧؛ مسلم هامش النووي: ٢/ ١٥٨و١٦٢.

المرأتين مع الرجل مخالف لمفهوم حديث: شاهداك أو يمينه. **فإن قالوا**: قدمنا على هذا المفهوم منطوق الآية. **قلنا**: ونحن قدمنا عليه منطوق الأحاديث الدالة على قبول شهادة الشاهد الواحد مع يمين المدعي.

ثانياً ـ احتج القائلون بالقضاء بالشاهد واليمين بما يلي:

١ ـ ما صح عن قيس بن سعد، عن عمرو بن دينار، عن ابن عباس: (أن رسول الله ﷺ قضى بيمين وشاهد) قال المجد في المنتقى: رواه أحمد، ومسلم، وأبو داود، وابن ماجه، قال: وفي رواية لأحمد: (إنما كان ذلك في الأموال).

قلت: وفي رواية للبيهقي، قال عمرو: (في الأموال). وفي رواية لأبي داود، قال عمرو: (في الحقوق).

وقد صحح هذا الحديث البزار، وقال الشافعي: هذا حديث ثابت، لا يرده أحد من أهل العلم، وقال النسائي: إسناده جيد، وقال ابن عبد البر: لا مطعن لأحد في إسناده[1].

٢ ـ واحتجوا أيضاً بحديث جعفر بن محمد عن أبيه، عن جابر: (أن النبي ﷺ قضى باليمين مع الشاهد) رواه الترمذي وابن ماجه وغيرهما، وصححه ابن خزيمة وأبو عوانة[2].

٣ ـ وبحديث ربيعة، عن سهل بن أبي صالح، عن أبيه، عن أبي هريرة قال: (قضى رسول الله ﷺ باليمين مع الشاهد الواحد) رواه أبو داود، والترمذي، وابن ماجه، وصححه ابن حبان وأبو حاتم[3].

---

(١) مسلم هامش النووي: ٣/١٢؛ سنن أبي داود: ٣٠٨/٣؛ ابن ماجه: ٧٩٣/٢؛ السنن الكبرى: ١٦٧/١٠؛ التلخيص الحبير: ٢٠٥/٤؛ نيل الأوطار: ٢٩٢/٨.

(٢) الترمذي مع تحفة الأحوذي: ٢٨١/٢؛ وانظر: ابن ماجه، ونيل الأوطار: الصفحات السابقة.

(٣) التلخيص: ١٩٢/٤؛ سبل السلام: ١٣١/٤؛ وانظر: سنن أبي داود؛ والترمذي؛ وابن ماجه: الصفحات السابقة.

وقد روي هذا الحديث أيضاً عن عمر، وعلي، وعبد الله بن عمر، وأبي سعيد الخدري، وزيد بن ثابت، وعبد الله بن عمرو بن العاص، وسعد بن عبادة، والمغيرة بن شعبة، وبلال بن الحارث، وسُرَّق، وعمارة بن حزم، ومسلمة بن قيس، وعامر بن ربيعة، وسهل بن سعد، وتميم الداري، وأنس، وأم المؤمنين أم سلمة، وزينب بنت ثعلبة، فهؤلاء واحد وعشرون من الصحابة رووا الحديث، والطرق إلى بعضهم صحيحة.

وقد عني بتخريج طرق الحديث ابن عبد البر، والبيهقي، وذكر بعضها الدارقطني والهيثمي[١].

والدلالة من هذه الأحاديث واضحة لا تحتاج إلى بيان.

٤ ـ وقد استدل ابن قدامة بالقياس، فقال ما حاصله:

إن اليمين تشرع في حق من ظهر صدقه وقوي جانبه، ولذلك شرعت في حق صاحب اليد؛ لقوة جنبته بها، وفي حق المنكر، لقوة جنبته: لأن الأصل براءة الذمة، والمدعي هنا قد ظهر صدقه ـ يعني: بشهادة الشاهد العدل له ـ فيجب أن تشرع اليمين في حقه.

مناقشة هذه الأدلة:

اعترض على الاستدلال بهذه الأحاديث من عدة وجوه:

الوجه الأول:

أما حديث قيس بن سعد، عن عمرو بن دينار، عن ابن عباس، فقد قالوا فيه: لا نعلم أن قيس بن سعد يحدث عن عمرو، وهذا الاعتراض أورده الطحاوي.

وقالوا: يقول البخاري في هذا الحديث: عمرو بن دينار لم يسمعه عندي من ابن عباس.

---

(١) التمهيد: ٢/ ١٣٤ وما بعدها؛ السنن الكبرى: ١٠/ ١٦٧ وما بعدها؛ سنن الدارقطني مع التعليق المغني: ٤/ ٢١٢ وما بعدها؛ نصب الراية: ٤/ ٩٦؛ مجمع الزوائد: ٤/ ٢٠٢.

واحتجوا لهذا: بأن الحديث قد روي بأسانيد أخرى عن عمرو بن دينار، عن طاوس، عن ابن عباس. وعن عمرو بن دينار، عن جابر بن زيد، عن ابن عباس. فتحصل لنا من ذلك، أن الحديث منقطع في موضعين: بين قيس وعمرو، وبين عمرو وابن عباس[(١)].

وقد أجاب البيهقي عن الموضع الأول بما حاصله:

أن قيس بن سعد ثقة، وأخرج له الشيخان في صحيحيهما، والراوي الثقة غير المدلس إذا روى عمن يحتمل لقيه له يجب قبول روايته، وقيس قد روى عمن هو أكبر سناً من عمرو وأقدم وفاة: كعطاء بن أبي رباح وغيره، ثم إن قيساً قد روى عن عمرو غير هذا الحديث، وقد ساق البيهقي حديث الذي وقصته ناقته وهو محرم من رواية قيس عن عمرو بإسناد جيد، على أنه ليس من شروط قبول رواية الراوي الثقة كثرة روايته عمن روى عنه.

ثم أجاب البيهقي عن الموضع الثاني، بما حاصله:

أن الروايات التي احتجوا بها ضعيفة، فلا يعارض بمثلها رواية الثقات الذين رووا الحديث عن عمرو عن ابن عباس بدون واسطة.

على أن هذه الروايات لو صحت فقد أجاب الحاكم عنها بما حاصله:

أن عمرو بن دينار قد سمع من ابن عباس عدة أحاديث، وسمع من جماعة من أصحابه عنه، فلا ينكر أن يكون قد سمع هذا الحديث مباشرة منه مرة، وسمعه مرة أخرى من أصحابه عنه، فرواه مرة بواسطة ومرة بغيرها[(٢)].

وقد أطلت نوعاً ما في الكلام عن إسناد هذا الحديث لأن الطعن فيه قد ذكر في كتب عدة؛ ولولا خشيتي من أن يتشوَّش القارئ بما جاء فيها لما ذكرته؛ لأن الحديث قد احتج به مسلم في الصحيح، وهذا وحده كاف للقول بصحته.

---

(١) انظر: شرح معاني الآثار: ٤/ ١٤٥؛ نصب الراية: ٤/ ٩٧.

(٢) نصب الراية: الصفحة السابقة؛ السنن الكبرى: ١٠/ ١٦٨؛ التلخيص الحبير: ٤/ ٢٠٥.

أما حديث جعفر بن محمد عن أبيه عن جابر فقد أُعِلَّ:

بأن الترمذي وأبا حاتم وأبا زرعة قد صححوا إرساله، وكذلك رواه مالك عن جعفر عن أبيه مرسلاً[١].

وأجيب عن ذلك: بأن جعفر بن محمد ربما وصله وربما أرسله، والطريق الموصولة قد رويت من طريق الثقات، كذا قال الشافعي والبيهقي، وقال ابن عبد البر: أسنده عن جعفر عن أبيه عن جابر جماعة من الحفاظ، وما دام الأمر كذلك فالعبرة لمن وصله لا لمن أرسله. وبهذا يتضح أيضاً صحة حديث جابر[٢].

وأما حديث ربيعة عن سهيل بن أبي صالح، عن أبيه، عن أبي هريرة فقد أُعِلَّ:

بأن سهلاً قد سئل عن هذا الحديث فأنكره، وعليه فلا تبقى فيه حجة بعد أن أنكره الراوي.

وأجيب عن ذلك: بأن الحديث رجاله مدنيون ثقات، ولا يضره أن سهيلاً قد نسيه بعد أن حدث به ربيعة، لأنه قد أصابته علة أذهبت بعض عقله، فنسي لذلك بعض حديثه.

أقول: يعنون بذلك ما ذكره أبو داود: أن سليمان بن بلال سأل سهيلاً عن هذا الحديث، فقال: ما أعرفه.

لكن لهذا الكلام تتمة، فإن سليمان قد قال له: إن ربيعة أخبرني به عنك، فقال: إن كان ربيعة أخبرك عني، فحدث به عن ربيعة عني. وكان سهيل قد نسي بعض حديثه لعلة أصابته، وكان هذا الحديث مما نسيه، فأخبره ربيعة بأنه قد سمعه منه، فكان بعد ذلك يقول: أخبرني ربيعة أني حدثته إياه، ولا أحفظه، ثم يرويه عن ربيعة عن نفسه عن أبيه، لذلك قال

(١) المصدر السابق: الموطأ هامش المنتقى: ٥/٢٠٨.

(٢) السنن الكبرى: ١٠/١٦٩؛ التلخيص الحبير: ٤/٢٠٦.

الحافظ ابن حجر: الحديث رجاله مدنيون ثقات، ولا يضره أن سهيل بن أبي صالح قد نسيه بعد أن حدث به ربيعة، لأنه كان بعد ذلك يرويه عن ربيعة، عن نفسه، عن أبيه، وقصته بذلك مشهورة في سنن أبي داود وغيرها[١].

على أن الحديث قد رواه غير ربيعة عن سهيل، فقد رواه البيهقي من طريق محمد بن عبد الرحمن العامري، وهو مدني ثقة، عن سهيل، عن أبيه، عن أبي هريرة مرفوعاً[٢].

وبما ذكرته يتضح لك سلامة أسانيد هذه الأحاديث من الطعون التي وجهت إليها، وبهذا يندفع الوجه الأول من وجوه الاعتراض.

الوجه الثاني من أوجه الاعتراض:

قالوا: يحتمل أن يكون الراوي قد أراد بقوله: (قضى رسول الله ﷺ بالشاهد واليمين) أي: قضى بجنس الشاهد واليمين، ويكون المعنى: أنه ﷺ قضى للمدعي بالشهود إن وجدوا، وللمدعى عليه بيمينه إذا لم يوجد عند المدعي شهود.

فهم يريدون بذلك تحويل هذا الحديث إلى معنى قوله ﷺ: «**البينة على من ادعى، واليمين على من أنكر**».

وقالوا أيضاً: يحتمل أن يكون المراد من قوله: (قضى رسول الله ﷺ باليمين مع الشاهد الواحد) أي: قضى باليمين على المنكر إذا لم يكن للمدعي إلا شاهد واحد.

وأجيب عن ذلك: بأن إرادة هذه المعاني من مثل هذا التعبير لا تصح، لأن المعينة تقتضي أن تكون من شيئين في جهة واحدة. لا في المتضادين.

الوجه الثالث من أوجه الاعتراض:

---

(١) سنن أبي داود: ٣/ ٣٠٩؛ فتح الباري: ٥/ ٢٠٨.

(٢) السنن الكبرى: الصفحة السابقة.

قالوا: قول الصحابي: قضى رسول الله ﷺ، هذا لا يفيد العموم لأن الحجة في المحكي لا في الحكاية، والمحكي قد يكون خاصّاً، إذ ربما كان الشاهد في هذه الواقعة خزيمة بن ثابت، وهذا قد جعل الرسول ﷺ شهادته بشهادة رجلين.

ويبدو لي أن هذا الاعتراض غير سديد، إذ لو كان الشاهد هنا خزيمة لما كان هناك داع لإضافة اليمين، لأن شهادته وحدها كافية كما نصَّ على ذلك الحديث، ومع وضوح ضعف هذه الاعتراضات كلها إلا أني أزيد الأمر وضوحاً فأقول: الحديث قد جاء في بعض الروايات بألفاظ لا تحتمل المعاني التي ذكروها؛ منها ما يلي:

روى الدارقطني بإسناده عن جعفر بن محمد عن أبيه، عن علي: (أن رسول الله ﷺ وأبا بكر وعمر وعثمان كانوا يقضون بشهادة الشاهد الواحد ويمين المدعين)، وفي لفظ: (أن النبي ﷺ حلف طالب الحق مع الشاهد الواحد)، وفي آخر: (أن النبي ﷺ قضى بشهادة شاهد واحد ويمين صاحب الحق). قال أبو جعفر: (وقضى به علي في العراق).

وقد روى الحديث البيهقي أيضاً، وفي إسناده انقطاع؛ لأن أبا جعفر لم يدرك علياً، ورواه البيهقي أيضاً عن جعفر عن أبيه عن جده عن علي، وهو منقطع أيضاً، لأن زين العابدين لم يدرك علياً، لكن الانقطاع هنا أخف من الذي قبله، ومع هذا فهو معتضد بحديث عبد الله بن عمرو بن العاص، قال رسول الله ﷺ: «**قضى الله ورسوله في الحق بشاهدين، فإن جاء بشاهدين أخذ حقه، وإن جاء بشاهد واحد حلف مع شاهده**» رواه الدارقطني[1].

---

(١) سنن الدارقطني: ٤/ ٢١٢وما بعدها؛ السنن الكبرى: ١٠/ ١٧٠ وما بعدها.

وبحديث سُرَّق: (أن رسول الله ﷺ أجاز شهادة الرجل ويمين الطالب) رواه ابن ماجه، وفي إسناده راوٍ مجهول، أما بقية الإسناد فرجاله رجال الصحيح[١].

فهذه الروايات يعضد بعضها بعضاً، وهي كما ترى تدفع المعاني التي ذكروها.

إذا عرفت هذا فإن الراجح هو ما ذهب إليه مالك ومن وافقه من أن الشاهد مع اليمين يقضى بها في الأموال، وذلك لما يلي:

أ ـ الإجماع على عدم القضاء بذلك في الحدود.

ب ـ بالنسبة لعدم القضاء بذلك في القصاص لا أعلم أحداً خالف في ذلك إلا ابن حزم، فيكون بذلك خارجاً على اتفاق من قبله، وعليه فلا عبرة بخلافه في هذه المسألة.

جـ ـ لا يقضى بالشاهد واليمين في بقية الحقوق التي ليست بمال أو يكون المقصود منها المال، لما صح أنه ﷺ قال: «**إذا ادعت المرأة طلاق زوجها، فجاءت على ذلك بشاهد عدل، استحلف زوجها، فإن حلف بطلت شهادة الشاهد، وإن نكل فنكوله بمنزلة شاهد آخر، وجاز طلاقها**».

رواه ابن ماجه، قال الهيثمي: إسناده صحيح ورجاله ثقات[٢].

فقوله ﷺ: «**فجاءت بشاهد عدل، استحلف زوجها**» دليل على عدم قبول الشاهد واليمين هنا، وإلا لما انتقل ﷺ إلى استحلاف الزوج مباشرة، ولقال: فلتحلف مع شاهدها، فإن أبت استحلف الزوج.

ويعضد هذا قول عمرو بن دينار بعد روايته لحديث ابن عباس السابق: (إنما كان ذلك في الأموال) وفي رواية: (في الحقوق).

---

(١) سنن ابن ماجه: ٢/ ٧٩٣؛ نيل الأوطار: ٨/ ٢٩٤.

(٢) ابن ماجه: ٢/ ٦٥٧.

ويعضده أيضاً حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: قضى النبي ﷺ بشاهد ويمين في الحقوق. رواه البيهقي. والمراد بالحقوق هنا: الأموال كما يدل عليه حديث عمرو بن دينار الذي قبله.

ويعضده أيضاً ما روي عن أبي هريرة: أن النبي ﷺ قال: «**استشرت جبريل في القضاء باليمين والشاهد، فأشار علي: بالأموال، لا تعدو ذلك**» قال الحافظ ابن حجر: رواه الدارقطني بإسناد ضعيف[١]. ولم أجد الحديث في باب الأقضية والأحكام من سنن الدارقطني، فلعله في موضع آخر، أو في كتاب آخر للدارقطني غير السنن.

ويعضده أيضاً ما رواه البيهقي بإسناده عن عبد الرحمن بن أبي الزناد عن أبيه، عن الفقهاء الذي ينتهى إلى قولهم من أهل المدينة أنهم كانوا يقولون: (لا تكون اليمين مع الشاهد في الطلاق، ولا العتاق، ولا الفرقة)[٢].

من أجل ذلك كله قلت بأن الراجح ما ذهب إليه مالك ومن وافقه. والله تعالى أعلم.

❑❑❑

---

(١) التلخيص الحبير: ٤/ ٢٠٦.

(٢) السنن الكبرى: ١٠/ ١٧٥.

المبحث الثالث
القضاء بالنكول عن اليمين

إذا أقيمت الدعوى طولب المدعي بالبينة، فإن أقامها قضي له، وإن لم تكن له بينة وكانت الدعوى مما يجوز فيها توجيه اليمين إلى المدعى عليه: فإن وجهت اليمين إليه وحلف برئ، وإن نكل فهل يحكم عليه بمجرد النكول؟.

هنا اختلف الفقهاء على ثلاثة مذاهب رئيسة:

المذهب الأول: إذا نكل المدعى عليه قضي عليه بالمدعى به.وبذلك قال أبو حنيفة وصاحباه، والزيدية، وهو الراجح عند الحنابلة والإمامية. ولا أعلم خلافاً بين أصحاب هذا المذهب في أن الحدود لا يقضى فيها بالنكول، لأن اليمين لا توجه فيها إلى المدعى عليه عندهم.ثم اختلفوا فيما سوى ذلك:

فقالت الزيدية: يثبت القصاص بالنكول، لكن لا يثبت به النسب.

وقال أبو يوسف ومحمد: لا يثبت به قصاص مطلقاً، وعند النكول يقضى بالدية، وفصل أبو حنيفة فقال: يثبت به القصاص فيما دون النفس، أما في النفس فلا يثبت ولكن يحبس المدعى عليه حتى يقرَّ أو يحلف. واستثنى النكاح، والرجعة والإيلاء، والاستيلاد، والنسب، وأموراً أخرى من هذا النوع فلم يجز إثباتها بالنكول، ومثل مذهب أبي حنيفة رواية عن أحمد.

والرواية الراجحة في مذهب أحمد: أن النكول يقضى به في الأموال أو ما يؤول إليها فقط. أما الأمور الأخرى فإن المدعى عليه إذا نكل لا شيء عليه ويطلق سراحه في وجه، وفي وجه آخر يجب حتى يقرَّ أو يحلف.

المذهب الثاني: لا يقضى بالنكول، ولا يرد اليمين على المدعي، لكن إذا أبى المدعى عليه من الحلف أجبر على ذلك أحب أو أكره. وبه قال الظاهرية.

المذهب الثالث: لا يحكم بالنكول، ولكن يرد اليمين على المدعي. وبذلك قال مالك، والشافعي، وهو قول مرجوح عند الحنابلة والإمامية. إلا أن مالكاً خصَّ ذلك بالأموال وما يؤول إلى مال: كدعوى القتل الخطأ، والجروح التي لا قصاص فيها، فهذه إذا ردت اليمين فيها على المدعي وحلف قضي له بالحق. أما ما سوى ذلك فلا شيء فيها على المدعى عليه ويطلق سراحه إلا إذا أقام المدعي البينة، لكنه قال: المدعي بالأموال أو ما يؤول إليها، وكذلك المدعي بالطلاق والعتاق إذا أتى بشاهد واحد وأبى أن يحلف مع شاهده ليقضي له بالحق فإنه في هذه الحالة يطلب من المدعى عليه اليمين، فإن حلف برئ، وإن نكل قضي عليه في الأموال؛ أما في الطلاق فقد اختلف أصحاب مالك، فقال أشهب: يقضى عليه، وقال سحنون: يحبس حتى يقر أو يحلف، وقال ابن القاسم: يحبس سنة ليقر أو يحلف فإن أبى بعد ذلك أطلق سراحه.

ولم يفرق الشافعي بين الأموال وغيرها، فإذا ردت اليمين على المدعي وحلف قضي له، حتى أثبت القصاص باليمين المردودة، بل قال بعض الشافعية: يثبت بها حد السرقة، لكنهم لم يثبتوا بها حدي الزنى وشرب الخمر.

بقي أن نعرف: أن المدعي إذا نكل هو الآخر عن اليمين بعد ردها عليه، فإن مالكاً والشافعي قالا في هذه الحالة: لا شيء له إلا أن يأتي بعد ذلك ببينة[1].

---

(١) انظر: الاختيار: ٢/ ١١١ وما بعدها؛ القوانين الفقهية، ص ٢٥٩ وما بعدها؛ شرح الرسالة: ٢/ ٣١٢؛ المغني: ١٢/ ١٢٣ وما بعدها؛ المحلى: ٩/ ٣٧٢ وما بعدها؛ شرح المحلى على المنهاج مع حاشية قليوبي وعميرة: ٤/ ١٨١ و١٩٦ و٢٠٤؛ البحر الزخار: ٥/ ٤١٠؛ شرائع الإسلام: ٤/ ٩٠.

الأدلة ومناقشتها

أولاً ـ أدلة أصحاب المذهب الأول، ومناقشتها:

١ ـ قالوا: إن نكول المدعى عليه عن اليمين اعتراف منه بالحق، وإلا لحلف دفعاً للضرر عنه وقطعاً للخصومة، فكان نكوله إقراراً أو بدلاً عنه فيجب القضاء به، ومن استثنى القصاص ـ فقال: لا يقضى فيه بالنكول ـ علل ذلك: بأن هذا إقرار فيه شبهة، فلا يثبت به القصاص.

ويرد على هذا: أن النكول عن اليمين لا يشترط فيه أن يكون تحرزاً عن اليمين الكاذبة، وإنما يمكن أن يكون تورُّعاً عن اليمين الصادقة، وقد ورد عن العديد من الصحابة رضي الله عنهم أنهم كانوا يفتدون أيمانهم بالمال، روى ذلك البيهقي عن حذيفة، وروى أيضاً عن جبير بن مطعم: أنه فدى يمينه بعشرة آلاف درهم.

٢ ـ واحتجوا أيضاً بأثر حاصله: أن ابن عمر باع غلاماً بثمانمئة درهم، واشترط البراءة من العيب فوجد به المشتري عيباً، فخاصمه إلى عثمان، فقضى عثمان على ابن عمر: باليمين أنه باعه وما به داء يعلمه، فأبى عبد الله، وارتجع الغلام، وباعه بعد ذلك بألف وخمسمئة. رواه البيهقي.

وفي رواية لابن أبي شيبة قال: فرده عثمان عليه. ورووا عن شريح: أنه قضى بمجرد النكول عن اليمين.

قالوا: فهذا عثمان قد قضى بمجرد النكول عن اليمين، بل ادعى بعضهم أنه لا يعلم له مخالف من الصحابة في القضاء بالنكول[1].

---

(١) انظر: السنن الكبرى: ٥/٣٢٨؛ نصب الراية: ٤/١٠١؛ جواهر الأخبار بهامش البحر الزخار: ٥/٤١٠.

ويرد على هذا: أن العديد من الصحابة والتابعين لم يقضوا بمجرد النكول، وإنما برد اليمين على المدعي، منهم: عمر وعلي وغيرهم[١].

وقد رد ابن حزم الأثر: بأنه ليس فيه قضاء عثمان بالنكول، وإنما ابن عمر هو الذي اختار رد المبيع.

لكن الزيادة في رواية ابن أبي شيبة تدلك بوضوح على أن ذلك كان بناء على قضاء عثمان.

٣ ـ ثم إن أصحاب هذا المذهب لم يقولوا برد اليمين على المدعي لدليل استدلوا به؛ حاصله:

أن الله تعالى قد جعل الحق للمدعي بالبينة فقال: ﴿وَٱسْتَشْهِدُوا۟ شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ ۖ فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَٱمْرَأَتَانِ﴾ [البقرة: ٢٨٢].

وقال ﷺ: «**البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه**».

قال صاحب الاختيار: هذا مشهور قريب من المتواتر[٢].

قالوا: فهذه الأدلة لم تجعل على المدعي يميناً؛ فإذا قيل بأن عليه يميناً فهذه زيادة على الكتاب والحديث المشهور، ولكي تقبل فلا بد أن تكون بأدلة معادلة لهذه الأدلة في القوة وهي غير موجودة.

أقول: من الواضح أن هذا بناء على قاعدتهم التي تقول: إن الزيادة نسخ، وقد ذكرنا أكثر من مرة: بأن أكثر الأصوليين لم يسلموا لهم هذه القاعدة، على أني لم أعثر على هذا الحديث بهذا اللفظ، وإنما رواه البيهقي بلفظ:

«**البينة على من ادعى، واليمين على من أنكر**».

---

(١) انظر: السنن الكبرى: ١٠/ ١٨٤؛ والمغني: ١٢/ ١٢٤.

(٢) الاختيار: ٢/ ١١٤.

وأخرجه الإسماعيلي بلفظ: «**البينة على الطالب، واليمين على المطلوب**»، قال الحافظ ابن حجر: هذه ليست في الصحيحين، وإسنادهما حسن[١].

فالحديث ليس بمشهور كما ترى، ثم إذا كان الأمر كذلك وأن على المدعي البينة؛ فكيف أوجبوا له الحق هنا بمجرد نكول المدعى عليه؟ فهذه أيضاً زيادة فأين الدليل المتواتر أو المشهور لهذه الزيادة؟ فإن ادعوا إجماعاً بناء على ما ذكره بعضهم عند إيرادهم للأثر السابق عن عثمان رضي الله عنه، فقد بينت أن هذا الإجماع غير موجود.

ثانياً ـ أدلة الظاهرية، ومناقشتها:

احتج الظاهرية بنحو ما احتج به أصحاب المذهب الأول، فقد ذكروا الحديث السابق، بالإضافة إلى ما صح عنه ﷺ: أنه قال للمدعي: «**شاهداك أو يمينه**» متفق عليه واللفظ للبخاري، وزاد مسلم: «**ليس لك غير ذلك**».

وبما صح أنه ﷺ: «قضى باليمين على المدعى عليه» متفق عليه، وفي رواية لمسلم: أنه ﷺ قال: «**اليمين على المدعى عليه**»[٢].

وقالوا ما حاصله: فبطل بهذا أن يعطى المدعي شيئاً بنكول خصمه أو يمينه هو إذا نكل خصمه، وبطل بهذا إعطاء اليمين للمدعي إلا حيث أعطاه الله تعالى ذلك، وهذا إنما يكون له في القمامة[٣] أو إذا أتى بشاهد واحد، أما في غير ذلك فليس للمدعي يمين، وعليه فمن قال برد اليمين من المدعى

---

(١) السنن الكبرى: ١٠/ ٢٥٢؛ فتح الباري: ٥/ ٢٠٨.

(٢) البخاري هامش الفتح: ٥/ ٢٠٧؛ مسلم هامش النووي: ٢/ ١٥٩و١٢/ ٢.

(٣) **القمامة**: تكون في قتيل لا يعلم قاتله على وجه اليقين، ولكن توجد شبهة قوية: كأن يتفرق المزدحمون عن قتيل، أو يوجد قتيل في أقرب قرية محصورة له فيها أعداء، أو شهد من لا تقبل شهادتهم على شخص أنه قتله وهكذا، وحينئذ يحلِّفُ أولياؤه يمين القسامة ويقضى لهم بالقود أو الدية على خلاف في ذلك، فإن نكلوا حلف المدعى عليهم فبرئوا أو وجبت عليهم الدية على خلاف في ذلك أيضاً.

عليه على المدعي فقد أخطأ؛ لأنه أسقطها عمن أوجبها الله تعالى عليه وأعطاها لمن منعه الله منها، وإذا ثبت إيجاب الله تعالى اليمين على المدعى عليه إذا وجهت إليه فإنه إذا امتنع عنها فإنه حينئذ يكون قد أتى بمنكر، والمنكر يجب تغييره، وتغييره هنا بضرب الممتنع عن اليمين حتى يقر بالحق أو يحلف، وإذا مات بذلك فقد قتله الحق[1].

ويبدو لي: أن الاستدلال بالنصوص على هذا النحو يدعو إلى التأمل،وذلك لأن كون الشارع قد جعل البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه إذا أنكر لا يعني أن ذلك فرض عليهما، وأنهما يأثمان بترك ذلك،فإن هذا يلزم منه أن المدعي إذا كانت له بينة ولم يأت بها كان آثماً ويضرب على ذلك وهذا لا أعلم أحداً قال به، كما أني لم أعثر على أثر واحد عن رسول الله ﷺ أو عن أحد أصحابه يدل على أن المدعى عليه يضرب إذا نكل عن اليمين، بل الوارد عكس ذلك: فقد سبق أن ابن عمر نكل عن اليمين ومع ذلك فلم يضربه عثمان، وسبق أيضاً أن الصحابة كانوا يفتدون أيمانهم بأموالهم. وسيأتي من ذلك مزيد.

وإنما الذي تدل عليه النصوص السابقة: أن المدعى عليه إذا أنكر فإنه لكي يبرأ فعليه أن يحلف اليمين، فإن نكل فإنه في هذه الحالة لا يبرأ، وهذا نقول به، أما جعله آثماً بالنكول ـ لاسيما إذا كانت الدعوى تتعلق بالأموال ـ فهذا أمر عجيب ومخالف لما ذكرناه ونذكره عن أصحاب رسول الله ﷺ، نعم ربما كان هذا سائغاً إذا أدى النكول إلى إضرار يتعلق بالأعراض أو الأنفس، كما قال ذلك الحنفية وآخرون في أيمان القسامة واللعان: فإن الأيمان في القسامة عندهم إنما تكون على المدعى عليهم، قالوا: فإن لم يحلفوا حبسوا حتى يقروا أو يحلفوا، وقالوا في قذف الرجل زوجته: إذا لم تكن له بينة يجب عليه أن يحلف، فإن نكل حبس حتى يحلف أو يكذب

---

(١) المحلى: ٩/ ٣٨٣.

نفسه، وإذا حلف وجب على الزوجة أن تحلف أيمان اللعان، فإن نكلت حبست حتى تحلف أو تقر، فهذا المسلك ربما يستساغ في أمور خطيرة كهذه، أما في الأموال فإن القضاء على المدعى عليه بسبب نكوله عن اليمين أيسر عليه كثيراً من أن يضرب ويهان.

ثالثاً ـ أدلة القائلين برد اليمين:

احتج هؤلاء: بأن نكول المدعى عليه قد يكون تحرزاً عن اليمين الكاذبة وقد يكون تورُّعاً عن اليمين الصادقة، ومع هذا التردد فلا يقضي عليه بمجرد النكول، وإنما لا بد من مرجح، وهذا المرجح هو رد اليمين على المدعي، قالوا: وقد عهدنا من الشارع نقل اليمين من جهة إلى أخرى: ففي القسامة جعل الشارع خمسين من أولياء القتيل يحلفون خمسين يميناً، فإن لم يحلفوا حلف خمسون من المدعى عليهم أنهم ما قتلوه ولا يعلمون قاتله، قضى بذلك رسول الله ﷺ في قتيل من الأنصار اتهموا فيه اليهود[1]. وهكذا نرى كيف أن اليمين يمكن تحويلها عند النكول من جهة إلى أخرى، فهكذا هنا.

على أنه قد جاء في روايات أخرى: أنه ﷺ قد جعل الأيمان أولاً على اليهود، وهم المدعى عليهم، ثم ردها على الأنصار، وهم المدعون، وهذه الروايات أوضح في الدلالة على المقصود هنا[2] لكن الأولى أصح.

وروى البيهقي بإسناده عن سليمان بن يسار: (أن رجلاً من بني سعد بن ليث أجرى فرساً فوطئ على أصبع رجل من جهينة، فنزف منها فمات، فقال عمر للذين ادعى عليهم: تحلفون خمسين يميناً ما مات منها؟ فأبوا وتحرجوا من الأيمان، فقال للآخرين: احلفوا أنتم فأبوا)[3].

---

(١) انظر ذلك في: البخاري هامش الفتح: ١٢/ ٢١٣؛ مسلم هامش النووي: ١١/ ١٤٣.
(٢) انظرها في: السنن الكبرى: ٨/ ١١٩.
(٣) السنن الكبرى: ١٠/ ١٨٣؛ التلخيص: ٤/ ٢١٠.

فهذا حكم برد اليمين من المدعى عليه على المدعي.

وفي المسألة أحاديث وآثار أخرى في أسانيدها مقال لكنها يشد بعضها بعضاً وهي نص في محل النزاع؛ منها:

ما روي عن عمر: (أن النبي ﷺ رد اليمين على الطالب).

رواه الدارقطني والبيهقي، وصحح الحاكم إسناده، لكن تصحيحه متعقب: بأن في إسناده محمد بن مسروق وهو غير معروف، وفيه إسحاق بن الفرات وهو مختلف فيه، لكن قال الحافظ ابن حجر: روي من طريق أخرى عن نافع[١].

وروى عبد الملك بن حبيب بإسناده عن سالم بن غيلان التجيبي: أن رسول الله ﷺ قال: «**من كانت له طلبة عند أحد فعليه البينة، والمطلوب أولى باليمين، فإن نكل حلف الطالب وأخذ**».

قال الحافظ ابن حجر: هذا مرسل.

قلت: وهو ضعيف أيضاً، لأن عبد الملك كان كثير الوهم[٢].

وعن الشعبي: (أن المقداد استقرض من عثمان بن عفان سبعة آلاف درهم، فلما تقاضاه قال: إنما هي أربعة آلاف، فخاصمه إلى عمر، فقال: إني قد أقرضت المقداد سبعة آلاف درهم، فقال المقداد: إنما هي أربعة آلاف، فقال المقداد: احلف أنها سبعة آلاف، فقال عمر: قد أنصفك، فأبى أن يحلف، فقال عمر: خذ ما أعطاك) رواه البيهقي[٣].

---

(١) انظر: المصدرين السابقين؛ الدارقطني مع التعليق المغني: ٤/ ٢١٤.

(٢) ميزان الاعتدال: ٣/ ٦٥٢؛ وانظر الحديث في: التلخيص: الصفحة السابقة؛ والمحلي: ٩/ ٣٨٠.

(٣) السنن الكبرى: ١٠/ ١٨٥.

وعن علي قال: (المدعى عليه أولى باليمين، فإن نكل أحلف صاحب الحق وأخذ) رواه الدارقطني والبيهقي[١].

هذا جملة ما استدل به أصحاب المذهب الثالث، وما احتجوا به لا يقصر ـ كما ترى ـ عن إثبات مشروعية رد اليمين على المدعي، ومع ذلك فإني أرى في هذه المسألة تفصيلاً أوضحه لك في الفقرة التالية:

رابعاً ـ رأي في المسألة:

الذي أراه أن النكول لا يصلح بمفرده لأن يكون وسيلة من وسائل الإثبات، وذلك لما سبق ذكره في أدلة أصحاب المذهب الثالث من أنه متردد بين أن يكون إقراراً وبين أن يكون تورعاً عن حلف يمين صادقة، وما زال كثير من الناس قديماً وحديثاً يتحرَّجون من حلف اليمين الصادقة، وحيث كان الأمر كذلك فإن من المجازفة اعتبار مجرد النكول دليلاً تثبت به الحقوق؛ فإن قلت: فماذا نعتبر النكول إذن؟ قلت: إن السنة الصحيحة قد اعتبرت نكول المدعى عليه عن اليمين بمثابة شاهد واحد يقدمه المدعي، وسأورد فيما بعد نص الحديث المتضمن لذلك، وعليه فإن اعتبار النكول بمثابة شاهد هو المنطلق الذي ننطلق منه هنا، وهو الأساس الذي تنبني عليه هذه المسألة، إذا تقرر ذلك فإن المدعى به: إما أن يكون حدّاً أو قصاصاً، وإما أن يكون حقّاً غير مالي: كالنكاح والطلاق ونحوهما، وإما أن يكون مالاً أو يؤول إلى مال:

أما الحدود فلا تثبت بالنكول وحده ولا به مع يمين المدعي، ولا أعلم في هذا خلافاً باستثناء ثبوت حد السرقة باليمين المردودة في أحد وجهين لأصحاب الشافعي، وقد ذكر في حواشي المنهاج أن المعتمد خلافه، وهكذا نرى أن هذا بمثابة المتفق عليه بين الفقهاء، ومن هنا يتضح

(١) الدارقطني: السنن الكبرى: الصفحات السابقة.

صواب ما ذكره ابن قدامة: من أنه لا يعلم خلافاً في أن اليمين لا تشرع في الحدود[1].

على أنه بناء على ما ذكرناه: من أن السنة اعتبرت النكول بمثابة شاهد فإن النكول مع يمين المدعي يعتبران بمثابة الشاهد واليمين، وقد ذكرنا في المسألة السابقة: أن الإجماع منعقد على أن الحدود لا تثبت بالشاهد واليمين، فإذا كانت الحدود لا تثبت بهذا إجماعاً فإنها يجب أن لا تثبت بالنكول مع اليمين المردودة من باب أولى.

أما القصاص فهو قريب الشبه من الحد، لأنه عقوبة تؤدي إلى إتلاف نفس أو عضو، وعقوبة بهذا الوصف يجب عدم التهاون في إثباتها، فما لم يثبت المقتضي لها بوسيلة من وسائل الإثبات المتفق عليها فإنها ينبغي أن تدفع، ومع ذلك فقد ذكرنا في المسألة السابقة: أن غير واحد من العلماء قد نقلوا الإجماع على عدم ثبوت القصاص بالشاهد واليمين، وأنا من جهتي لا أعلم أحداً خالف في ذلك غير ابن حزم حيث أوجب القصاص بالشاهد واليمين، وهو مع سعة اطلاعه على آراء الفقهاء لم يذكر أن أحداً وافقه على ذلك، إذن فهو محجوج باتفاق من قبله، وحيث قد ثبت عدم القضاء في القصاص بالشاهد واليمين، فإنه يجب أن لا يقضى فيه من باب أولى بمجرد النكول أو به مع اليمين المردودة، هذا من ناحية.

ومن ناحية أخرى: فإن اليمين في الأصل إنما هي وسيلة للدفع لا للإثبات، وهذا أمر واضح حيث جعلها الشارع على المدعى عليه، من أجل ذلك يجب عدم التوسع عند تحويلها إلى وسيلة للإثبات، لأن استعمالها على هذا الوجه قد جاء على خلاف الأصل، ثم إننا لم نعهد من الشارع جعل اليمين حجة للإثبات في الدماء إلا في مسألة القسامة، على خلاف بين الفقهاء فيها، فإن بعضهم لم يثبت بها شيئاً، وممن قال بذلك الخليفة العادل

---

(١) المنهاج مع شرح المحلي وحاشية قليوبي: ٤/ ١٩٦؛ المغني: ١٢/ ١٢٧.

عمر بن عبد العزيز، ومع ذلك فإن الجمهور الذين قالوا بالقسامة قد اختلفوا في الواجب بها: فبعضهم أثبت بها القصاص، بينما ذهب بعضهم إلى أنه لا يثبت بها غير الدية، وممن قال بهذا أبو حنيفة والشافعي[١]، وهذا هو الراجح، ولسنا هنا في مقام الاستدلال لهذه المسألة، ويكفي للدلالة على رجحان ما اخترته أن تعلم: بأن أساس الحكم بالقسامة إنما يعود إلى تلك الحادثة التي قتل فيها أنصاري بين اليهود، فاتهم الأنصار اليهود بقتله،وقد جاء في هذه الحادثة أن الرسول ﷺ قال للأنصار:

«**أفتستحقون الدية بأيمان خمسين منكم؟**» رواه البخاري[٢].

إذا تقرر ذلك فإن القسامة أقوى من النكول مع اليمين المردودة بمراحل، وذلك لأنها لا تكون إلا مع أمارة قوية على القتل ولكنها غير قاطعة، ومن ذلك أن يشهد شاهد عدل واحد، واعتبر بعض الفقهاء من ذلك شهادة النساء منفردات وكذلك شهادات الجماعة غير العدول، ثم هي بعد ذلك ليست يميناً واحدة وإنما هي خمسون يميناً يحلفها خمسون رجلاً أو يكررها المدعون على خلاف في ذلك، فإذا كانت القسامة وهي على هذه الصفة لا توجب القصاص على الراجح فمن باب أولى يجب أن لا يثبت القصاص بمجرد النكول أو به مع اليمين، لكن يجب أن لا يفهم من ذلك أننا نهدر الدم هنا، وإنما نقول: إذا تعذر ثبوت القصاص هنا لقصور البينة التي معنا عن إثباته فإننا نقول بثبوت الدية، لأن الدية مال، والنكول مع اليمين المردودة بمثابة الشاهد واليمين، والأموال تثبت بالشاهد واليمين، وهذا قول أبي يوسف ومحمد كما سبق.

أما إذا كان المدعى به حقّاً غير مال: كالطلاق والنكاح ونحو ذلك؛ فهذه لا يحكم فيها بالنكول إلا إذا كان للمدعي شاهد واحد، وذلك لحديث

(١) القوانين الفقهية، ص ٢٦٨.

(٢) البخاري هامش الفتح: ١٢/ ٢١٣.

عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ: أنه قال: «**إذا ادعت امرأة طلاق زوجها، فجاءت على ذلك بشاهد عدل، استحلف زوجها، فإن حلف بطلت شهادة الشاهد، وإن نكل فنكوله بمنزلة شاهد آخر، وجاز طلاقه**» رواه ابن ماجه، قال محققه: قال في الزوائد: إسناده صحيح.ورجاله ثقات[(١)].

فهذا نص في الطلاق،والحقوق التي ليست بمال: كالنكاح، ونحوه مثله، لأنها من واد واحد، وعليه: فهنا إذا كان للمدعي شاهد واحد وجهت اليمين إلى المدعى عليه، فإن حلف برئ من المدعى به، وإن نكل قضي عليه بمجرد النكول، ولا حاجة لرد اليمين على المدعي، وذلك لأن الرسول ﷺ قد جعل النكول بمثابة الشاهد، فإذا انضم هذا إلى الشاهد الذي لدينا في القضية يكون المدعي كأنه قد أتى بشاهدين فيحكم له بذلك.

أما إذا لم يكن مع المدعي شاهد فالذي يترجح في نظري: عدم القضاء بالنكول، لما ذكرته من أن مجرد النكول لا يعتبر وسيلة من وسائل الإثبات، كما أنه لا يقضي هنا برد اليمين، وذلك لأن النكول مع اليمين المردودة بمثابة الشاهد واليمين، والحقوق التي ليست بمال لا يقضى فيها بالشاهد واليمين كما هو رأي جمهور الفقهاء، وقد بينت الدليل على رجحانه في المسألة السابقة، ويدل عليه الحديث المذكور، وذلك لأن هذه الدعاوى لو كان يقضى فيها بالشاهد واليمين لأوضح ذلك الرسول ﷺ ابتداء ولقال: إذا ادعت الطلاق وأتت بشاهد عدل فلتحلف معه، لكنه لم يقل ذلك، وإنما أعطى الحق للزوج في أن يحلف، فإذا حلف سقطت الدعوى بذلك، فدل ذلك صراحة على أن الشاهد مع اليمين لا يعتبران وسيلة إثبات في هذه الدعاوى.

فإن قلت: فماذا نفعل إذن وقد نكل المدعى عليه عن اليمين؟.

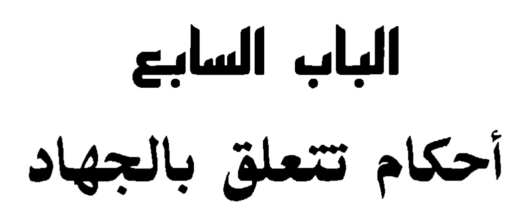
---

(١) سنن ابن ماجه: ١/ ٦٥٧.

فالجواب: هو ما ذهب إليه الحنابلة في أحد الوجهين: من أن المدعى عليه إذا نكل عن اليمين في الحقوق التي ليست بمال وفي القصاص فإنه يحبس حتى يقرّ أو يحلف، وهذا قول أبي حنيفة في القصاص أيضاً،وقد سبق ذكر ذلك كله، وهذا لا بد منه هنا لضرورة حسم الدعوى، فالمسألة ليست مال حتى نقضي فيها بالنكول، ونقول: قد اشترى المدعى عليه يمينه بماله كما فعل ذلك العديد من الصحابة، وإنما هي مسألة تتعلق بالأنساب والأعراض، وحيث قصرت وسائل الإثبات الفرعية عن حسمها، فلا بد من حسَمها بالوسائل الأساسية: بينة المدعي، أو إقرار المدعى عليه، أو يمينه عند الإنكار.

أما بالنسبة للأموال أو ما يؤول إليها، فإن كان للمدعي شاهد وأبى أن يحلف معه ليقضى له، ووجهت اليمين لذلك إلى المدعى عليه ونكل عنها فإنه يقضى هنا للمدعي بمجرد النكول، لأنه في هذه الحالة بمثابة من أتى بشاهدين على نحو ما بيناه،وإن لم يكن للمدعي شاهد ونكل المدعى عليه عن اليمين ردت في هذه الحالة إلى المدعي، فإن حلف قضي له، ويكون هذا بمثابة القضاء بالشاهد واليمين، والقضاء بذلك في الأموال ثابت، وهو مذهب جمهور العلماء. والله تعالى أعلم.

❑ ❑ ❑



الباب السابع
أحكام تتعلق بالجهاد

الفصل الأول: الباعث على تشريع الجهاد

الفصل الثاني: حكم الجهاد

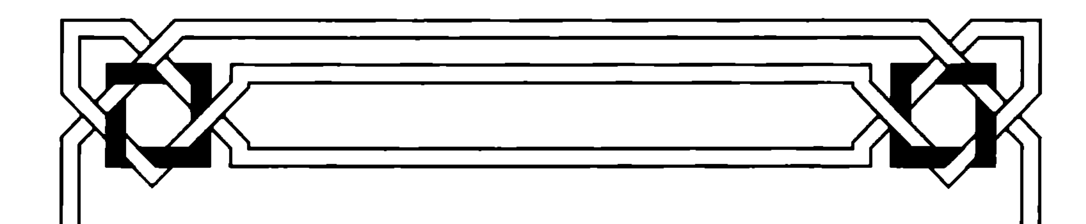
* * *

تمهيد

الجهاد: بذل الجهد في مقاتلة المحاربين من أعداء الله تعالى: إعلاء لكلمته، أو دفعاً لأذاهم عن البلاد والأعراض والأنفس والأموال.

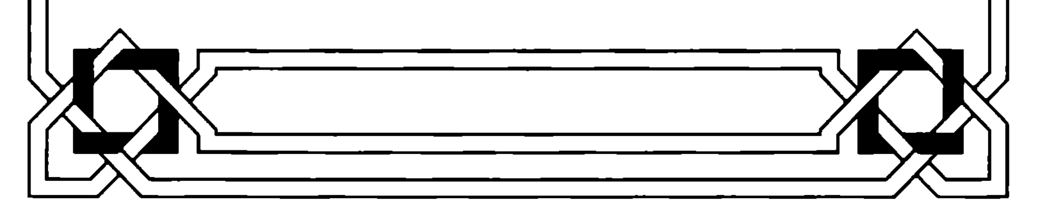
والأحكام المتعلقة بالجهاد كثيرة: تتعلق بالفترة السابقة للحرب، وبالحرب نفسها، وبالفترة التالية لانتهائها. والمقرر علينا دراسته في هذه المرحلة هو: حكم الجهاد فقط، أي: بيان صفة مشروعيته من وجوب أو غيره، لكن من المهم قبل ذلك الإلمام - ولو بإيجاز - بالباعث على تشريعه، وسأتناول كلّاً من الموضوعين في فصل مستقل؛ لذلك فإن هذا الباب سيتضمن فصلين:

* * *



الفَصْلُ الأَوَّلُ

الباعث على تشريع الجهاد



الباعث على تشريع الجهاد

من المهم قبل كل شيء معرفة قضية هامة؛ وهي:

أن الإسلام لم يشرع الجهاد من أجل حمل الناس على اعتناق الدين، وحكمة الله تعالى في ذلك جلية واضحة، لأن إكراه الناس على الإيمان بشيء من غير اقتناع به لا يفيدهم، وقد بين الله سبحانه وتعالى ذلك لنبيه ﷺ حيث يقول: ﴿وَلَوْ شَآءَ رَبُّكَ لَآمَنَ مَن فِي ٱلْأَرْضِ كُلُّهُمْ جَمِيعًا أَفَأَنتَ تُكْرِهُ ٱلنَّاسَ حَتَّىٰ يَكُونُوا۟ مُؤْمِنِينَ﴾ [يونس: ٩٩].

ويقول: ﴿لَعَلَّكَ بَٰخِعٌ نَّفْسَكَ أَلَّا يَكُونُوا۟ مُؤْمِنِينَ ۝ إِن نَّشَأْ نُنَزِّلْ عَلَيْهِم مِّنَ ٱلسَّمَآءِ ءَايَةً فَظَلَّتْ أَعْنَٰقُهُمْ لَهَا خَٰضِعِينَ﴾ [الشعراء: ٣ ـ ٤].

إذن فلو شاء الله تعالى إكراه قلوبهم أو إرهابهم بأمر من عنده لكي يحملهم على الدخول في الدين لفعل، ولكنه تعالى لا يريد ذلك؛ لذلك كانت القاعدة في الإسلام هي ما جاء في قوله تعالى: ﴿لَآ إِكْرَاهَ فِي ٱلدِّينِ﴾ [البقرة: ٢٥٦] أي: لا تكرهوا أحداً على الدخول في الإسلام.

وقد ذكر ابن كثير حديثاً عن ابن عباس بين فيه سبب نزول هذه الآية؛ جاء فيه: (أن رجلاً من الأنصار من بني سالم بن عوف، يقال له: الحصيني، كان له ابنان نصرانيان، وكان هو رجلاً مسلماً، فقال للنبي ﷺ: ألا أستكرههما فإنهما قد أبيا إلا النصرانية، فأنزل الله فيه ذلك[1].

(١) تفسير ابن كثير: ١/ ٢١١.

وهذه قاعدة التزم بها المسلمون، فلم يحدثنا التاريخ: أن المسلمين منذ فجر الإسلام وإلى يومنا هذا قد أكرهوا أحداً على الدخول في الإسلام، أو أوذي لا لشيء إلا لأنه غير مسلم، ورغم تعرض المسلمين للاضطهاد الديني في فترات كثيرة من التاريخ إلا أنهم مع ذلك لم يضطهدوا أحداً تمسكاً منهم بهذا المبدأ.

فإن قيل: ما المعني إذن بقوله ﷺ: «**أمرت أن أقاتل الناس حتى يشهدوا أن لا إلـٰه إلا الله، ويؤمنوا بي وبما جئت به، فإذا فعلوا ذلك عصموا مني دماءهم وأموالهم إلا بحقها وحسابهم على الله**»(١).

قلت: ليس المقصود منه أن يقآتل الناس حتى يكرههم على الإسلام، لأن هذا الفهم يتناقض مع الواقع العملي لفعل الرسول ﷺ، ولعل من أشهر الأمثلة على ذلك قوله ﷺ لأهل مكة حين الفتح: «**اذهبوا فأنتم الطلقاء**» فقد كف القتال عنهم وعاملهم بالحسنى مع أنهم لم يسلموا آنذاك.

وإنما المقصود من الحديث: أن الإنسان متى ما دخل في الإسلام فإنه لا يجوز للمسلم قتاله إلا إذا ارتكب فعلاً يحل الشرع بسببه دمه، فهذا بمعنى قوله ﷺ: «**سباب المسلم فسوق، وقتاله كفر**»، وقوله ﷺ: «**من حمل السلاح علينا فليس منا**»(٢)، فالمسلم لا يجوز قتاله، وإنما شرع الجهاد ضد غير المسلمين، لكن لهذه المشروعية أسبابها وضوابطها، وليس من بين هذه الأسباب إكراه الناس على الدخول في الإسلام.

فإن قيل: قال رسول الله ﷺ: «**من قاتل لتكون كلمة الله هي العليا فهو في سبيل الله**»(٣). وهذا يعني: أن مقاتلة الناس لإدخالهم في الدين مشروعة، بل فيه إشارة إلى أن هذا هو القتال الوحيد الذي يكون في سبيل الله.

---

(١) مسلم هامش النووي: ١/ ٢١٠.

(٢) المصدر السابق: ٢/ ٥٤، ١٠٧.

(٣) المصدر السابق نفسه.

قلت: من فهم هذا من الحديث فقد أخطأ؛ لأن هذا الفهم يتناقض مع قوله تعالى: ﴿لَآ إِكۡرَاهَ فِي ٱلدِّينِۖ﴾ [البقرة: ٢٥٦]. وإنما الحديث يتكلم عن موضوع آخر، وهو الإخلاص في العمل؛ ومن هذا العمل الجهاد، فهو لا يعتبر جهاد إلا إذا كان خالصاً لوجهه تعالى لا تشوبه شائبة من شوائب الدنيا.

وبيان ذلك: أن هذا الحديث جاء جواب سؤال وجه للرسول ﷺ حيث قيل له: (الرجل يقاتل للمغنم، والرجل يقاتل ليذكر،والرجل يقاتل ليرى مكانه) وفي رواية: (الرجل يقاتل غضباً ويقاتل حمية) وفي أخرى: (الرجل يقاتل شجاعة، ويقاتل حمية، ويقاتل رياء؛ فأي ذلك في سبيل الله؟ فقال: **من قاتل لتكون كلمة الله هي العليا فهو في سبيل الله**)[١].

فالحديث لا علاقة له بحمل الناس على الدخول في الدين بالقتال، وإنما كما قلت: يريد أن يقرر المبدأ المعروف في الإسلام وهو: أن إخلاص العمل لوجه الله تعالى شرط لقبوله.فهو بمعنى قوله ﷺ: «**إنما الأعمال بالنيات**»[٢].

وبمعنى حديث أبي أمامة: أن رجلاً قال للنبي ﷺ: (أرأيت رجلاً غزا يلتمس الأجر والذكر؛ ما له؟ فقال ﷺ: **لا شيء**، ثم قال: **إن الله لا يقبل من العمل إلا ما كان خالصاً وابتغي به وجهه**)[٣].

وتطبيقاً لهذا المبدأ أخبر الرسول ﷺ: أن الله تعالى يعطي أجر الشهيد لمن أخلص النية ولو لم يستشهد فعلاً، فقد صح أن رسول الله ﷺ قال: «**من طلب الشهادة صادقاً أعطيها ولو لم تصبه**» وقال: «**من سأل الله الشهادة بصدق أبلغه الله منازل الشهداء وإن مات على فراشه**»[٤].

---

(١) المصدر السابق نفسه.

(٢) المصدر السابق: ١٣/ ٥٣.

(٣) سنن النسائي: ٧/ ٢٥.

(٤) مسلم هامش النووي: ١٣/ ٥٥ و٥٦.

فإن قيل: إذن كيف يتحقق القتال من أجل إعلاء كلمة الله تعالى إذا لم يكن المقصود منه حمل الناس على الدخول في الدين؟.

قلت: هذا يجيب عنه الوحي الكريم في قوله تعالى: ﴿ٱدْعُ إِلَىٰ سَبِيلِ رَبِّكَ بِٱلْحِكْمَةِ وَٱلْمَوْعِظَةِ ٱلْحَسَنَةِ ۖ وَجَـٰدِلْهُم بِٱلَّتِى هِىَ أَحْسَنُ ۚ إِنَّ رَبَّكَ هُوَ أَعْلَمُ بِمَن ضَلَّ عَن سَبِيلِهِۦ ۖ وَهُوَ أَعْلَمُ بِٱلْمُهْتَدِينَ ﴿١٢٥﴾ وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا۟ بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُم بِهِۦ ۖ وَلَئِن صَبَرْتُمْ لَهُوَ خَيْرٌ لِّلصَّـٰبِرِينَ﴾ [النحل: ١٢٥ ـ ١٢٦].

هذه الآية هي الدستور في إبلاغ رسالة الله تعالى إلى الناس: ﴿بِٱلْحِكْمَةِ وَٱلْمَوْعِظَةِ ٱلْحَسَنَةِ﴾ فإذا جيَّش الكفرُ جيوشَه وحال دون تبليغ رسالة الله بمقاتلة المأمورين بالتبليغ، فهنا لم تبق وسيلة أمام الإسلام إلا أمر أتباعه بردِّ هذا الاعتداء: ﴿وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا۟ بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُم بِهِۦ﴾، وهكذا نرى بوضوح أن القتال لإعلاء كلمة الله تعالى لا يكون بإكراه الناس بواسطة القتال على اعتناق الدين، فهذا أسلوب لا يجيزه الإسلام، وإنما يكون للدفاع عن المبلغين لرسالة الله إذا منعوا من ذلك بالقوة.

ولو ترك رسول الله ﷺ وشأنه في تبليغ رسالة ربه بالموعظة الحسنة لما قاتل أحداً: فهو لم يقاتل المشركين إلا بعد أن لقي هو وأصحابه من أذاهم ما لا يخفى على أحد؛ حتى اضطروا إلى هجر مكة فراراً بدينهم، وكان في دار الهجرة يهود، فلم يقاتلهم رسول الله ﷺ بل على العكس من ذلك عاهدهم وسالمهم، ولم يقاتلهم حتى أصبحوا طابوراً خامساً يحاول بل وعمل على تقويض الدولة من داخلها في الوقت الذي هاجمها المشركون محاولين القضاء عليها.

وكان في الجزيرة نصارى فلم يقاتل من لم يقاتله منهم، وكان من حول الجزيرة دول تدين بأديان شتى فلم يقاتلهم ﷺ وإنما راسلهم يريد إبلاغهم رسالة ربه: فمزق كسرى الفرس كتابه، وأرسل إلى بعض أتباعه ليأتيه برأس رسول الله ﷺ، فمزق الله ملكه.

ولم يقاتل الروم حتى قتلوا أصحابه وجيَّشوا الجيوش لغزوه[(١)].

وبهذا يتضح أحد أسباب تشريع الجهاد، فإذا ضممت إلى ذلك قوله ﷺ: «**من قتل دون ماله فهو شهيد، ومن قتل دون عرضه فهو شهيد، ومن قتل دون دينه فهو شهيد، ومن قتل دون دمه فهو شهيد**»[(٢)]، اتضح لنا من ذلك سببان آخران، فإذا أضفت إلى ذلك قوله تعالى: ﴿وَمَا لَكُمْ لَا تُقَٰتِلُونَ فِى سَبِيلِ ٱللَّهِ وَٱلْمُسْتَضْعَفِينَ مِنَ ٱلرِّجَالِ وَٱلنِّسَآءِ وَٱلْوِلْدَٰنِ ٱلَّذِينَ يَقُولُونَ رَبَّنَآ أَخْرِجْنَا مِنْ هَٰذِهِ ٱلْقَرْيَةِ ٱلظَّالِمِ أَهْلُهَا وَٱجْعَل لَّنَا مِن لَّدُنكَ وَلِيًّا وَٱجْعَل لَّنَا مِن لَّدُنكَ نَصِيرًا﴾ [النساء: ٧٥].

اتضح لنا سبب رابع، فكان لتشريع الجهاد في الإسلام أربعة أسباب:

١ ـ الدفاع عن المبلغين لرسالة الله تعالى حين يمنعون من ذلك بالقوة: ﴿وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا۟ بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُم بِهِۦ﴾ [النحل: ١٢٦].

٢ ـ دفع الفتنة التي تستهدف صد المسلمين عن دينهم: «**من قتل دون دينه فهو شهيد**».

٣ ـ الدفاع عن النفس والمال والعرض: «**من قتل دون ماله فهو شهيد، ومن قتل دون عرضه فهو شهيد، ومن قتل دون دمه فهو شهيد**».

٤ ـ دفع الاضطهاد الواقع على المسلمين وغيرهم: ﴿وَمَا لَكُمْ لَا تُقَٰتِلُونَ فِى سَبِيلِ ٱللَّهِ وَٱلْمُسْتَضْعَفِينَ﴾ [النساء: ٧٥].

ولعل ذلك كله تتضمنه الآيات الكريمات التالية: ﴿وَقَٰتِلُوا۟ فِى سَبِيلِ ٱللَّهِ ٱلَّذِينَ يُقَٰتِلُونَكُمْ وَلَا تَعْتَدُوٓا۟ ۚ إِنَّ ٱللَّهَ لَا يُحِبُّ ٱلْمُعْتَدِينَ ﴿١٩٠﴾ وَٱقْتُلُوهُمْ حَيْثُ ثَقِفْتُمُوهُمْ وَأَخْرِجُوهُم مِّنْ حَيْثُ أَخْرَجُوكُمْ ۚ وَٱلْفِتْنَةُ أَشَدُّ مِنَ ٱلْقَتْلِ ۚ وَلَا تُقَٰتِلُوهُمْ عِندَ ٱلْمَسْجِدِ ٱلْحَرَامِ حَتَّىٰ يُقَٰتِلُوكُمْ فِيهِ ۖ فَإِن قَٰتَلُوكُمْ فَٱقْتُلُوهُمْ ۗ كَذَٰلِكَ جَزَآءُ ٱلْكَٰفِرِينَ ﴿١٩١﴾ فَإِنِ ٱنتَهَوْا۟ فَإِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ

---

(١) تاريخ ابن الأثير: ٢/١٨٦و١٨٩.

(٢) سنن النسائي: ٥/١٦٦.

رَحِيمٌ ﴿١٩٢﴾ وَقَٰتِلُوهُمْ حَتَّىٰ لَا تَكُونَ فِتْنَةٌ وَيَكُونَ ٱلدِّينُ لِلَّهِ فَإِنِ ٱنتَهَوْا۟ فَلَا عُدْوَٰنَ إِلَّا عَلَى ٱلظَّٰلِمِينَ﴾ [البقرة: ١٩٠ ـ ١٩٣].

وهكذا ترى كيف أن هذه الآية الكريمة تقرر: أن الحرب في الإسلام تبدأ لرد العدوان وقمع الفتنة المقصود بها صد المسلمين عن دينهم،وتنتهي برد العدوان وقمع الفتنة.

فإن قيل: يقول الله تعالى: ﴿وَقَٰتِلُوا۟ ٱلْمُشْرِكِينَ كَآفَّةً﴾ [التوبة: ٣٦]، ويقول: ﴿وَٱقْتُلُوهُمْ حَيْثُ ثَقِفْتُمُوهُمْ﴾ [البقرة: ١٩١]، ويقول: ﴿وَٱقْتُلُوهُمْ حَيْثُ وَجَدتُّمُوهُمْ﴾ [النساء: ٨٩]؛ فهذه الآيات بما تتضمنه من عموم وإطلاق تعني: الإذن بمقاتلة غير المسلمين عموماً وفي مطلق الأحوال والأزمان.

قلت: العموم مخصص والإطلاق مقيد بما ذكرنا.

وبيان ذلك: أن الآية الأولى فيها: ﴿وَقَٰتِلُوا۟ ٱلْمُشْرِكِينَ كَآفَّةً كَمَا يُقَٰتِلُونَكُمْ كَآفَّةً﴾ فآخر هذه الآية قد تضمَّن الإجابة؛ فالأمر بقتالهم كافة من باب المعاملة بالمثل دفاعاً عن النفس، فإذا اتحد الكفر جميعاً على محاربة الإسلام فما المطلوب في هذه الحالة؟ أليس هو الدفاع عن النفس؟!.

وأما الآية الثانية فقد وردت في موضعين: الموضع الأول: الآية التي ذكرتها قريباً، فارجع إليها تجدها تتكلم عن دفع المعتدين. وأما الموضع الثاني فقد جاء في قوله تعالى: ﴿سَتَجِدُونَ ءَاخَرِينَ يُرِيدُونَ أَن يَأْمَنُوكُمْ وَيَأْمَنُوا۟ قَوْمَهُمْ كُلَّ مَا رُدُّوٓا۟ إِلَى ٱلْفِتْنَةِ أُرْكِسُوا۟ فِيهَا ۚ فَإِن لَّمْ يَعْتَزِلُوكُمْ وَيُلْقُوٓا۟ إِلَيْكُمُ ٱلسَّلَمَ وَيَكُفُّوٓا۟ أَيْدِيَهُمْ فَخُذُوهُمْ وَٱقْتُلُوهُمْ حَيْثُ ثَقِفْتُمُوهُمْ ۚ وَأُو۟لَٰٓئِكُمْ جَعَلْنَا لَكُمْ عَلَيْهِمْ سُلْطَٰنًا مُّبِينًا﴾ [النساء: ٩١] .وهذه كما ترى تتكلم عن دفع العدوان أيضاً.

أما الآية الثالثة فهذه نزلت في قوم منافقين: أظهروا الإسلام وأبطنوا العداء له، وكانوا يعينون المشركين، كان قسم منهم في المدينة وقسم منهم بمكة، وقسم منهم اعتدى على أرواح المسلمين وأموالهم وهربوا، ومنهم من

عاد فأظهر الكفر[١]، فنزلت فيهم هذه الآية وآيات أخرى[٢]؛ ومن جملتها الآية التي ذكرتها في الموضع الثاني قبل عدة أسطر، وخلاصة ما فيها من أحكام: أنهم إذا لم يتوبوا فمن أظهر العداء ولم يعتزلكم فهؤلاء الذين قال الله تعالى فيهم: ﴿فَخُذُوهُمْ وَاقْتُلُوهُمْ﴾ أما من لم يظهر كفره واعتزلكم وأظهر المسالمة فهؤلاء قال الله تعالى فيهم: ﴿فَمَا جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ عَلَيْهِمْ سَبِيلًا﴾.

وبهذا يتضح أن تشريع الحرب في الإسلام له أسباب وبواعث؛ إذا توفرت هذه الأسباب أو واحد منها كانت الحرب مشروعة، وإلا فلا.

وهذا يبين لنا بجلاء: أن الحرب في الإسلام استثناء دعت إليه ضرورات وأسباب، أما الأصل فهو السلام، ومن له أدنى اطلاع على نظم الإسلام وتعاليمه يعلم يقيناً أن الإسلام لا يمكن بحال من الأحوال أن يعتبر الحرب هي القانون الذي يحكم الحياة وينظم العلاقات بين المسلمين وغيرهم، وكيف يكون ذلك والله تعالى يقول: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا ادْخُلُوا فِي السِّلْمِ كَافَّةً﴾ [البقرة: ٢٠٨].

وحين يذكر القرآن الكريم قوله تعالى: ﴿وَأَعِدُّوا لَهُم مَّا اسْتَطَعْتُم مِّن قُوَّةٍ وَمِن رِّبَاطِ الْخَيْلِ تُرْهِبُونَ بِهِ عَدُوَّ اللَّهِ وَعَدُوَّكُمْ﴾ [الأنفال: ٦٠] يقول بعد ذلك مباشرة: ﴿وَإِن جَنَحُوا لِلسَّلْمِ فَاجْنَحْ لَهَا وَتَوَكَّلْ عَلَى اللَّهِ إِنَّهُ هُوَ السَّمِيعُ الْعَلِيمُ﴾ [الأنفال: ٦١].

وهكذا يقرر القرآن الكريم: أن حشد القوة والأمر بها في الإسلام ليس الغرض منه الاعتداء أبداً، وإنما إشعار الآخرين بأننا أقوياء حتى لا يعتدوا علينا، فإن جنحوا للسلم فقد كفى الله المؤمنين القتال، وإن اعتدوا فالله تعالى عند ذلك كفيل بنصر المؤمنين: ﴿وَإِن يُرِيدُوا أَن يَخْدَعُوكَ فَإِنَّ حَسْبَكَ اللَّهُ هُوَ الَّذِي أَيَّدَكَ بِنَصْرِهِ وَبِالْمُؤْمِنِينَ﴾ [الأنفال: ٦٢]. ويؤكد معنى ما سبق قوله

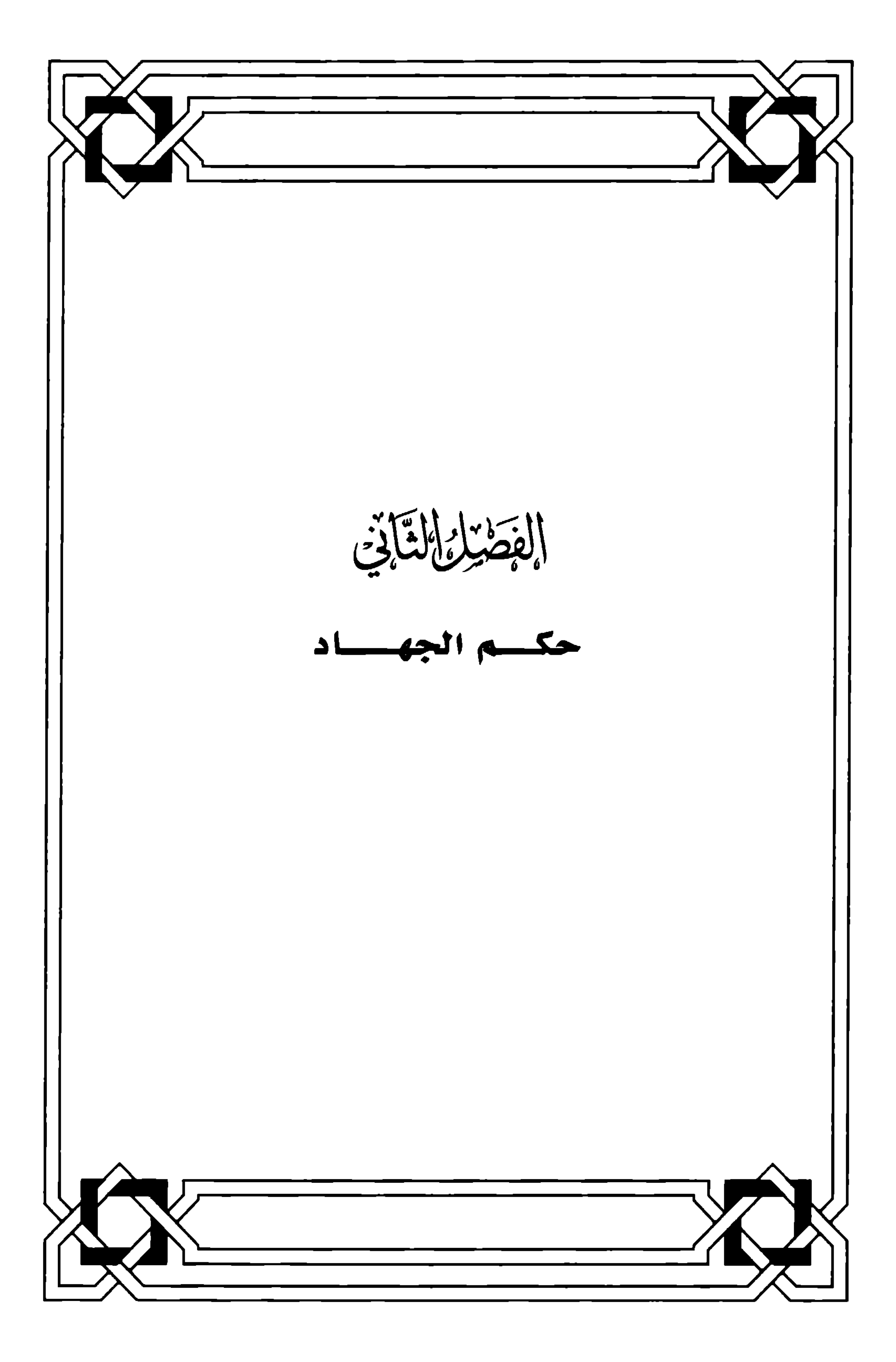
---

(١) انظر: تفسير الرازي: ١٠/٢١٨ وما بعدها؛ تفسير القرطبي: ٥/٣٠٦ ما بعدها.

(٢) الآيات في سورة النساء: من ٨٨-٩١.

تعالى: ﴿لَا يَنْهَىٰكُمُ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ لَمْ يُقَٰتِلُوكُمْ فِي الدِّينِ وَلَمْ يُخْرِجُوكُم مِّن دِيَٰرِكُمْ أَن تَبَرُّوهُمْ وَتُقْسِطُوٓاْ إِلَيْهِمْۚ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ ۝٨ إِنَّمَا يَنْهَىٰكُمُ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ قَٰتَلُوكُمْ فِي الدِّينِ وَأَخْرَجُوكُم مِّن دِيَٰرِكُمْ وَظَٰهَرُواْ عَلَىٰٓ إِخْرَاجِكُمْ أَن تَوَلَّوْهُمْۚ وَمَن يَتَوَلَّهُمْ فَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ الظَّٰلِمُونَ﴾ [الممتحنة: ٨ ـ ٩].

❑ ❑ ❑



الفصل الثاني

حكم الجهاد

حكم الجهاد

قد عرفنا أن القتال لكي يكون مشروعاً ويسمى جهاداً فلا بد من توفر سبب مشروعيته، وقد ذكرنا الأسباب فيما سبق، إذن فحكم الجهاد الذي نذكره هنا مبني على ما ذكر في الفصل الأول.

إذا عرفنا هذا أبين الآن أقوال الفقهاء في حكم الجهاد.

فأقول: لا أعلم خلافاً بين الفقهاء في أن الجهاد يعتبر فرض عين في ثلاثة أحوال:

الأول: أن يداهم العدو بعض البلاد، فإنه يتعين على أهل تلك البلاد دفع العدو عن أنفسهم، فإن لم تكن فيهم كفاية لدفع العدو تعين على من يليهم مساعدتهم، وهكذا الأقرب فالأقرب حتى يعم ذلك جميع المسلمين، بمعنى: أن دفع العدو إذا كان غير ممكن إلا بأن ينفر المسلمون كافة، فإن الجهاد في هذه الحالة يصبح فرض عين على كل قادر على حمل السلاح من المسلمين.

الثاني: أن يستنفر السلطان قوماً للجهاد، فمن استنفر فإن الجهاد في هذه الحالة يصبح فرض عين عليه، فقد صح عنه ﷺ أنه قال: «**لا هجرة بعد الفتح، ولكن جهاد ونية، وإذا استنفرتم فانفروا**» متفق عليه[1].

(١) البخاري هامش الفتح: ٦/٢٧، مسلم هامش النووي: ١٣/٨.

الثالث: إذا التقى الزحفان وتقابل الصفان فحينئذ يتعين الجهاد على من حضر، ويحرم عليه الانصراف، وذلك قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا لَقِيتُمْ فِئَةً فَٱثْبُتُواْ وَٱذْكُرُواْ ٱللَّهَ كَثِيرًا﴾ [الأنفال: ٤٥].

وهنا يجب أن نذكر أمراً، وهو: هل يجوز الفرار بحال من الأحوال؟:

قال ابن حزم: لا يحل الفرار عن المشركين، ولو كثر عددهم، إلا إذا نوى برجوعه الكر إلى القتال، أو التحيز إلى جماعة المسلمين إن رجا البلوغ إليهم، فإن لم ينو إلا تولية دبره هارباً، فهو فاسق ما لم يتب، واحتج لذلك بقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا لَقِيتُمُ ٱلَّذِينَ كَفَرُواْ زَحْفًا فَلَا تُوَلُّوهُمُ ٱلْأَدْبَارَ ۝١٥ وَمَن يُوَلِّهِمْ يَوْمَئِذٍ دُبُرَهُۥٓ إِلَّا مُتَحَرِّفًا لِّقِتَالٍ أَوْ مُتَحَيِّزًا إِلَىٰ فِئَةٍ فَقَدْ بَآءَ بِغَضَبٍ مِّنَ ٱللَّهِ وَمَأْوَىٰهُ جَهَنَّمُ وَبِئْسَ ٱلْمَصِيرُ﴾ [الأنفال: ١٥ ـ ١٦].

بينما قال بعض الفقهاء: لا يجوز الانهزام إلا إذا زاد الكفار على ضعف المسلمين، قال: والمعتبر العدد في ذلك على المشهور، وقيل: القوة، وقيل: إذا بلغ عدد المسلمين اثني عشر ألفاً لم يحل الانهزام ولو زاد عدد الكفار على الضعف، وقال: وإن علم المسلمون أنهم مقتولون فالانصراف أولى، وإن علموا مع ذلك أنهم لا تأثير لهم في نكاية العدو وجب الانصراف، وقد نقل ابن جني عن بعض العلماء أنه قال: لا خلاف في ذلك، وهو يعني بهذا ـ والله أعلم ـ الحالة الأخيرة.

والذي يبدو لي: أنه يجب التفريق هنا بين أمرين، وهما: الفرار، والانسحاب، والآية التي استدل بها ابن حزم صريحة في ذلك.

أما الفرار: فإنه لا يجوز، فإن قيل: إن عدم الفرار في بعض الحالات قد يؤدي إلى التهلكة، والله تعالى يقول: ﴿وَلَا تُلْقُواْ بِأَيْدِيكُمْ إِلَى ٱلتَّهْلُكَةِ﴾ [البقرة: ١٩٥].

قلت: ليس في الثبات تهلكة، إذ غاية ما فيه الاستشهاد في سبيل الله تعالى، والشهادة فوز وليس بهلكة، بل قد يكون مع الثبات النصر؛ فالله

تعالى يقول: ﴿كَم مِّن فِئَةٍ قَلِيلَةٍ غَلَبَتْ فِئَةً كَثِيرَةً بِإِذْنِ ٱللَّهِ وَٱللَّهُ مَعَ ٱلصَّٰبِرِينَ﴾ [البقرة: ٢٤٥].

وإنما الفرار هو الهلكة المتيقنة، لأن ذلك يفسح للعدو فرصة القتل والأسر كما يشاء.

ويدلك على صحة ما قلته بيان سبب نزول الآية، فقد بين سبب النزول: أن المراد بالتهلكة ترك الجهاد، فقد روى أبو داود بإسناده عن أسلم: أبي عمران قال: (غزونا من المدينة نريد القسطنطينية، وعلى الجماعة عبد الرحمن بن خالد بن الوليد، والروم ملصقو ظهورهم بحائط المدينة، فحمل رجل على العدو، فقال الناس: مه مه، لا إلـه إلا الله، يلقي بيده إلى التهكلة، فقال أبو أيوب الأنصاري: إنما نزلت هذه الآية فينا معشر الأنصار، لما نصر الله نبيه وأظهر الإسلام قلنا: هلم نقيم في أموالنا ونصلحها، فأنزل الله تعالى: ﴿وَأَنفِقُوا۟ فِى سَبِيلِ ٱللَّهِ وَلَا تُلْقُوا۟ بِأَيْدِيكُمْ إِلَى ٱلتَّهْلُكَةِ﴾ [البَقَرَة: ١٩٥] فالإلقاء بالأيدي إلى التهكلة أن نقيم في أموالنا ونصلحها وندع الجهاد، قال أبو عمران: فلم يزل أبو أيوب يجاهد في سبيل الله حتى دفن في القسطنطينية)(١).

أما الانسحاب: فذلك أمر آخر، فهو جائز متى ما اقتضت المصلحة. وذلك يكون لأمرين:

الأول: تغيير موضع القتال بموضع آخر أكثر ملائمة، وهذا هو الذي يقول الله تعالى فيه: ﴿إِلَّا مُتَحَرِّفًا لِّقِتَالٍ﴾ [الأنفال: ١٦].

والثاني: أن يرى قائد الجيش أن الوضع الذي هو فيه لا يكفي للنكاية بالعدو فينسحب لينضمّ إلى جماعة المسلمين، فيتقوى بهم وينظم صفوفه، ثم يعاود الكرة وهذا هو قوله تعالى: ﴿أَوْ مُتَحَيِّزًا إِلَىٰ فِئَةٍ﴾ [الأنفال: ١٦].

---

(١) سنن أبي داود: ٣/ ١٣.

وتطبيقات ذلك في عهد الرسول ﷺ، وعهد من بعده كثيرة، **نذكر منها**:

انسحاب خالد بن الوليد بالمسلمين في موقعة مؤتة، فظنوا أن ذلك فراراً من الزحف، فندموا على ذلك، وأتوا النبي ﷺ وقالوا له: نحن الفرارون، فأقبل عليهم رسول الله ﷺ وقال: «**أنتم العكارون**» وقال: «**أنا فئة المسلمين**»[١].

العكارون: أي: الكرارون، العائدون إلى القتال.

ومنها: ما حصل للمسلمين في موقعة الجسر، وكان القائد أبا عبيد، فأبى أن ينسحب فاستشهد، واستشهد معه كثير من المسلمين، وكان ذلك في عهد عمر، فقال: (رحم الله أبا عبيد، لو انحاز إليَّ لكنت له فئة)[٢].

فالراجح ما ذهب إليه ابن حزم، على أني أحسب أن غيره من الفقهاء لا يعنون بالفرار مجرد الفرار، وإنما يقصدون به الانسحاب. وعلى أية حال: فإن من المعلوم أن الجند في الإسلام متى كانوا اثنين فصاعداً فلا بد أن يكون فيهم قائد، أما الفرد فهو قائد نفسه، فإذا رأى القائد أن من مصلحة المسلمين الانسحاب جاز له ذلك على نحو ما بيناه، لكن ليخشَ المسلم الفرار، فإن الفار لا يبوء إلا بغضب الله تعالى.

هذه هي الأحوال الثلاثة التي يكون الجهاد فيها فرض عين.

وقد ذكر ابن جزي حالة رابعة، وهي: الجهاد من أجل استنقاذ أسرى المسلمين من العدو، فالجهاد في هذه الحالة فرض عين أيضاً[٣].

---

(١) انظر القصة كاملة في سنن أبي داود: ٣/ ٤٦.

(٢) تاريخ الطبري.

(٣) انظر الأحكام المتعلقة بهذه الفقرة في: القوانين الفقهية، ص ١٢٦ وما بعدها؛ المغني: ١٠/ ٣٦٥ و٥٥١ وما بعدها؛ شرح مسلم: ٧/ ٢٩١، ١٣/ ٩؛ فتح الباري: ٦/ ٢٨؛ نيل الأوطار: ٧/ ٢٦٧؛ الاختيار: ٤/ ١١٧.

أما الجهاد في غير الحالات السابقة فقد حصل فيه خلاف بين الفقهاء على ثلاثة مذاهب:

المذهب الأول: هو سنة. روي ذلك عن الثوري، وابن شبرمة، وعبد الله ابن الحسن العنبري، وبعض أصحاب أبي حنيفة وسحنون صاحب مالك.

المذهب الثاني: الجهاد في غير الحالات السابقة فرض كفاية، أي إذا قام به البعض كان الأجر لهم، وسقط الإثم عن الباقين، وإن لم يقم به أحد أثم الجميع. وهذا مذهب جمهور الفقهاء. ويتأدى فرض الكفاية بالجهاد ولو مرة واحدة كل عام.

وينبغي أن تعرف هنا: أن غير واحد من الفقهاء قد ذكر أن الجهاد الذي هو فرض كفاية: كما يحصل بمهاجمة العدو في عقر داره، يحصل أيضاً بإحكام الحصون وشحن الثغور من الرجال والسلاح. إذن فمعنى الجهاد هنا يتسع عند الجمهور ليتعدى معنى مهاجمة العدو في عقر داره إلى معنى أوسع من ذلك بحيث يشمل إعداد القوة مع إشعار العدو بها.

وبهذا يتضح: أن الجهاد الذي هو فرض كفاية له صور عدة نختار منها لكل ظرف ولكل حالة ما يناسب ذلك، فقد تقتضي الحال مهاجمة العدو في عقر داره، وقد لا تقتضي أكثر من إعداد جيش قوي قادر على حماية البلاد وردع العدو عند الحاجة مع القيام بمناورات عسكرية مرة على الأقل في كل عام. فالصور إذن متعددة ويختار للتطبيق منها ما يناسب الظرف الذي يعيشه المسلمون.

المذهب الثالث: الجهاد في غير الحالات السابقة فرض عين على المستطيع، ويتأتى ذلك بجهاد العدو، أو المرابطة ولو مرة في العمر.

والمرابطة: الإقامة في ثغور المسلمين على أهبة الاستعداد لمواجهة العدو.

روي ذلك عن أبي أيوب الأنصاري، وأبي طلحة، وسعيد بن المسيب. ويجب عند سعيد الجهاد على من استطاع نفع المعسكر بشيء ولو بغير القتال[(١)].

الأدلة ومناقشتها

فيما يلي أذكر أدلة المذاهب الثلاثة:

احتج أصحاب المذهب الأول القائلون بأن الجهاد في غير الحالات الثلاث السابقة سنة بقوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ ٱلْقِتَالُ﴾ [البقرة: ٢١٦].

قالوا: إن الآية محمولة على الندب كقوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ ٱلْمَوْتُ إِن تَرَكَ خَيْرًا ٱلْوَصِيَّةُ لِلْوَٰلِدَيْنِ وَٱلْأَقْرَبِينَ﴾ [البقرة: ١٨٠].

فقد دلت هذه الآية على أن الوصية مندوبة، فكذلك الآية الأخرى تدل على أن الجهاد مندوب.

والجواب على ذلك: إن ﴿كُتِبَ﴾ بمعنى: فرض، فلا تصرف إلى الندب إلا بدليل، ولم يقم الدليل على ذلك في آية الجهاد، أما آية الوصية فقد كانت دالة على الوجوب ثم نسخت دلالتها عليه بتشريع المواريث، على أن بعض الفقهاء ومنهم الظاهرية ما زالوا يقولون بدلالتها على الوجوب بالنسبة لغير الوارثين؛ أي: أنها لم تنسخ وإنما خصصت.

أما أدلة أصحاب المذهب الثاني، وهم الجمهور القائلون بأن الجهاد في غير الحالات السابقة يعتبر فرض كفاية فإنها تعرف من النقاش الذي سنورده على أدلة أصحاب المذهب الثالث.

أما أصحاب المذهب الثالث: فإن الحجة لهم ما يلي:

---

(١) القوانين، ص ١٢٦، البحر الرائق: ٥/ ٧٦؛ بداية المجتهد: ١/ ٣٩١؛ المهذب: ٢/ ٢٤٣؛ تبيين الحقائق: ٣/ ٢٤١؛ مغني المحتاج: ٤/ ٢٠٩و٢١٩؛ حاشية القليوبي على المنهاج: ٤/ ٢١٤؛ الزرقاني على الموطأ: ٣/ ٢؛ الإفصاح، ص ٣٧٦، المغني: ١٠/ ٢٦٥؛ تفسير الجصاص: ٣/ ١٤٠؛ القرطبي: ٨/ ١٥١؛ تفسير النيسابوري هامش الطبري: ١٠/ ٩١.

١ ـ قوله تعالى: ﴿ٱنفِرُوا۟ خِفَافًا وَثِقَالًا وَجَٰهِدُوا۟ بِأَمْوَٰلِكُمْ وَأَنفُسِكُمْ فِى سَبِيلِ ٱللَّهِ﴾ [التوبة: ٤٢].

أي: اخرجوا إلى الجهاد سواء كنتم على حال يخف الجهاد معها عليكم أو يثقل.

٢ ـ قوله تعالى: ﴿إِلَّا تَنفِرُوا۟ يُعَذِّبْكُمْ عَذَابًا أَلِيمًا﴾ [التوبة: ٣٩].

وجه الدلالة: أن الله تعالى قد توعد المستطيع الذي لا يخرج إلى الجهاد بالعذاب الأليم، وهذا لا يكون إلا على ترك فرض.

٣ ـ صح عن أبي هريرة: أن رسول الله ﷺ قال: «**من مات ولم يغز، ولم يحدث نفسه به، مات على شعبة من نفاق**»(١).

وجه الدلالة: أن هذا الوعيد من رسول الله ﷺ يدل دلالة واضحة على أن الجهاد فرض عين، وواضح أيضاً أن المراد من حديث النفس: عقد العزم على الجهاد إن تيسر له ذلك، فإذا حال عذر دون خروجه إليه، فهو لذلك خارج عن الوعيد، وأما مجرد حديث النفس من غير عزم فهو أمر لا يترتب عليه حكم شرعي، ولا يخرج به المكلف عن الوعيد المذكور في الحديث، خلافاً لما ذهب إليه صاحب (سبل السلام)(٢).

مناقشة هذه الأدلة:

نوقشت أدلة أصحاب المذهب الثالث بما يلي:

أ ـ ادعى بعض العلماء نسخ الآيات السابقة بقوله تعالى: ﴿لَّيْسَ عَلَى ٱلضُّعَفَآءِ وَلَا عَلَى ٱلْمَرْضَىٰ وَلَا عَلَى ٱلَّذِينَ لَا يَجِدُونَ مَا يُنفِقُونَ حَرَجٌ﴾ [التوبة: ٩١].

وقوله: ﴿لَّيْسَ عَلَى ٱلْأَعْمَىٰ حَرَجٌ وَلَا عَلَى ٱلْأَعْرَجِ حَرَجٌ وَلَا عَلَى ٱلْمَرِيضِ حَرَجٌ﴾ [الفتح: ١٧].

---

(١) مسلم هامش النووي: ١٣/٥٦؛ النسائي: ٦/٨.

(٢) سبل السلام: ٤/٤١.

ويبدو لي: أن هذه الآيات لا تستلزم النسخ، وإنما هي مخصصة لمن لا يجد ما يعينه على الجهاد، ولأصحاب الأعذار الذين تمنعهم أعذارهم من أن يكونوا أصحاب نفع لمعسكر المسلمين.

ب ـ وادعى بعضهم النسخ بقوله تعالى:

﴿وَمَا كَانَ ٱلْمُؤْمِنُونَ لِيَنفِرُوا۟ كَآفَّةً ۚ فَلَوْلَا نَفَرَ مِن كُلِّ فِرْقَةٍ مِّنْهُمْ طَآئِفَةٌ لِّيَتَفَقَّهُوا۟ فِى ٱلدِّينِ وَلِيُنذِرُوا۟ قَوْمَهُمْ إِذَا رَجَعُوٓا۟ إِلَيْهِمْ لَعَلَّهُمْ يَحْذَرُونَ﴾ [التوبة: ١٢٢].

قالوا: هذا دليل على أن الجهاد فرض كفاية، إذ لو نفر الكل لضاع من وراءهم من العيال، فالواجب أن يخرج فريق ويظل فريق ليحفظوا العيال ويتفقهوا في الدين.

ويبدو لي: أن هذا يمكن أن يرد على أصحاب المذهب الثالث لو أنهم قالوا بوجوب خروج كل القادرين في كل مرة، إلا أن من الواضح كما سبق أنهم لا يقولون بذلك، وعليه فإن قولهم بفرضية الجهاد فرض عين لا يتنافى مع ما ورد في هذه الآية؛ إذ يمكن للبعض الخروج للجهاد ويبقى البعض لحفظ العيال والتفقه في الدين والقيام بما سوى ذلك من مهام الحياة، فإذا عاد هؤلاء خرج غيرهم ممن لم يكن قد خرج. . . وهكذا، على أن الآية لم تستثن غير المشتغلين بالعلم، وبما أننا نعلم أن شؤون الحياة لا تقوم إلا بالعلم في مختلف نواحيه: الدينية، والفكرية، والتطبيقية، ولا يصلح شيء إلا بالعلم بما في ذلك الجهاد، فإننا والحالة هذه يمكن أن نستثني المشتغلين بالعلم، ونعتبر اشتغالهم به جهاداً ويبقى غيرهم على الأصل.

ج ـ واستدل بعضهم على النسخ بقوله تعالى:

﴿لَّا يَسْتَوِى ٱلْقَٰعِدُونَ مِنَ ٱلْمُؤْمِنِينَ غَيْرُ أُو۟لِى ٱلضَّرَرِ وَٱلْمُجَٰهِدُونَ فِى سَبِيلِ ٱللَّهِ بِأَمْوَٰلِهِمْ وَأَنفُسِهِمْ ۚ فَضَّلَ ٱللَّهُ ٱلْمُجَٰهِدِينَ بِأَمْوَٰلِهِمْ وَأَنفُسِهِمْ عَلَى ٱلْقَٰعِدِينَ دَرَجَةً ۚ وَكُلًّا وَعَدَ ٱللَّهُ ٱلْحُسْنَىٰ ۚ وَفَضَّلَ ٱللَّهُ ٱلْمُجَٰهِدِينَ عَلَى ٱلْقَٰعِدِينَ أَجْرًا عَظِيمًا﴾ [النساء: ٩٥].

قالوا: إن الله تعالى قد وعد بالحسنى كلاً من القاعدين والمجاهدين،

وهذا دليل على عدم فرضية الجهاد على القاعد إذا جاهد غيره، وإلا لما وعده الله بالحسنى.

والجواب على ذلك: أن المراد بقوله تعالى: ﴿وَكُلًّا وَعَدَ ٱللَّهُ ٱلْحُسْنَىٰ﴾ المجاهدين والقاعدين من أصحاب الأعذار الذين قام العزم في أنفسهم على أنه لولا عذرهم لجاهدوا، وقد ورد هذا التأويل عن قتادة، وابن جريج، والسدي، واختاره الطبري[١].

أما القاعدون من غير ذوي الأعذار فهم المذكورون بقوله تعالى: ﴿وَفَضَّلَ ٱللَّهُ ٱلْمُجَٰهِدِينَ عَلَى ٱلْقَٰعِدِينَ أَجْرًا عَظِيمًا﴾، وعليه فلا دلالة في الآية على أن غير المعذورين لا يجب الجهاد عليهم.

ويدل على صحة التأويل المذكور: سبب نزول الآية، فهي قد نزلت أولاً هكذا: (لا يستوي القاعدون من المؤمنين والمجاهدون في سبيل الله)؛ فجاء عبد الله بن أم مكتوم، وهو أعمى، فقال: يا رسول الله! ما لي رخصة؟ فقال: **لا**، قال ابن أم مكتوم: اللهم إني ضرير، فرخص. فأنزل الله تعالى: ﴿غَيْرُ أُو۟لِى ٱلضَّرَرِ﴾، فأمر رسول الله ﷺ الكاتب فكتبها[٢].

فالآية كما ترى قد فهمها الرسول ﷺ على أنها توجب الجهاد على كل مسلم بدون استثناء، ثم استثنى من الوجوب من له عذر بهذه الآية، واستثني المشتغلون بالعلم بالآية السابقة، وبقي غيرهم على الأصل.

د ـ واعترض أيضاً: بأن الرسول ﷺ كان يبعث السرايا ويقيم هو وبقية أصحابه في المدينة، فلو كان الجهاد فرض عين لما وسعه هو ولا غيره التخلف في المدينة.

والجواب على ذلك: يعرف مما سبق، وهو: أن هذا يرد لو كان

---

(١) تفسير الطبري: ٥/ ١٤٦.

(٢) المصدر السابق: ٥/ ١٤٤؛ وانظر: البخاري هامش الفتح: ٦/ ٣٤؛ مسلم هامش شرح النووي: ١٣/ ٤٢.

أصحاب المذهب الثالث يقولون بوجوب خروج الكل في كل مرة، ومعلوم أن هذا ليس مذهبهم.

وإنما مذهبهم هو: أن فرضية الجهاد، كفرضية الحج، يجب في غير الحالات السابقة وجوباً عينياً مرة واحدة في العمر، ولا شك أن الرسول ﷺ قد غزا في حياته غزوات كثيرة أوصلها بعض العلماء إلى سبع وعشرين غزوة[١]؛ فهو بهذا قد أدى ما فرضه الله تعالى عليه.

بناء على ما سبق يبدو لي: أنه في غير الحالات التي اتفق الفقهاء على أن الجهاد يعتبر فيها فرض عين؛ وهي الحالات الثلاث التي سبق ذكرها؛ يعتبر الجهاد أيضاً من فرائض الأعيان: يجب في العمر مرة واحدة على كل رجل مسلم بالغ عاقل، ويستثنى من ذلك أصحاب الأعذار، كما يستثنى من ذلك العلماء والمشتغلون بالعلم لما سبق ذكره، ثم المراد بالجهاد هنا: المعنى الذي ذكره الجمهور، وعليه فإن الفرض يتحصَّل: بمحاربة العدو، أو المرابطة، أو التدرب على السلاح كما يحصل الآن في أداء الخدمة الإلزامية، **ويبدو لي**: أن الجهاد يتسع لأكثر من ذلك ليشمل أيضاً: المساهمة في تجهيز المجاهدين، والقيام برعاية أسرهم أثناء غيابهم في الجهاد؛ وذلك لأن الرسول ﷺ الذي قال: «**من مات ولم يغز، ولم يحدث به نفسه؛ مات على شعبة من نفاق**»، قال أيضاً: «**من جهز غازياً فقد غزا، ومن خلفه في أهله بخير فقد غزا**» متفق عليه[٢].

وعليه: ففرض العين هنا يتحصل: بمقاتلة العدو، أو المرابطة، أو التدرب والمشاركة في الجيش، أو المساهمة المالية في تجهيز المجاهدين، أو القيام برعاية أسر المجاهدين.

هذا والله أعلم. والحمد لله رب العالمين.

---

(١) شرح مسلم: ٣/ ١٩٥.

(٢) البخاري هامش الفتح: ٦/ ٣٧؛ مسلم هامش النووي: ١/ ٤٠.

أهم مصادر الكتاب

وهي بعد **القرآن الكريم** ما يلي:

١ ـ كتب التفسير وعلومه

١ ـ **أحكام القرآن**، لأبي بكر الجصاص، المطبعة البهية المصرية، ١٣٤٧هـ.

٢ ـ **تفسير ابن كثير**، للحافظ ابن كثير، نشر دار إحياء التراث العربي، بيروت ١٩٦٩ م.

٣ ـ **التفسير الكبير**، للإمام الفخر الرازي، المطبعة البهية المصرية.

٤ ـ **تفسير الطبري**، المسمى: جامع البيان في تفسير القرآن، المطبعة الأميرية، ١٣٢٣هـ.

٥ ـ **تفسير القرطبي**: المسمى: الجامع لأحكام القرآن، مطبعة دار الكتب المصرية، ١٩٤٩م.

٦ ـ **روح المعاني**، للآلوسي، نشر دار إحياء التراث العربي، بيروت.

٧ ـ **مناهل العرفان في علوم القرآن**، للشيخ محمد عبد العظيم الزرقاني، دار إحياء الكتب العربية، الطبعة الثالثة، ١٩٤٣ م.

٢ ـ كتب الحديث وعلومه

٨ ـ **الاعتبار في الناسخ والمنسوخ من الآثار**، للحافظ أبي بكر الحازمي، المطبعة المنيرية، ١٣٤٥هـ.

٩ ـ **تحفة الأحوذي شرح الترمذي**، للمباركفوري، طبعة الهند، ١٣٥٩هـ.

١٠ ـ **التعليق المغني على الدارقطني**، شمس الحق العظيم آبادي، مطبوع بذيل الدارقطني.

١١ ـ **التلخيص الحبير**، للحافظ ابن حجر العسقلاني، طبع شركة الطباعة الفنية المتحدة، القاهرة، سنة ١٩٦٤ م.

١٢ ـ **ترتيب مسند أحمد**، نشر دار الحديث القاهرة.

١٣ ـ **تلخيص المستدرك**، للحافظ الذهبي، طبعة الهند، ١٣٣٤ هـ، مطبوع بذيل المستدرك.

١٤ ـ **التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد**، لابن عبد البر، المطبعة الملكية بالرباط، ١٩٦٧ م.

١٥ ـ **الجامع الصغير**، للسيوطي، مطبعة مصطفى محمد، الطبعة الأولى، ١٩٨٣ م.

١٦ ـ **الجوهر النقي**، لابن التركماني، مطبوع بذيل السنن الكبرى.

١٧ ـ **سبل السلام**، للصنعاني، مطبعة مصطفى الحلبي بمصر، الطبعة الرابعة، ١٩٦٠ م.

١٨ ـ **السنة قبل التدوين**، د. محمد عجاج الخطيب، مطبعة مخيمر بالقاهرة، الطبعة الأولى، ١٩٦٣ م.

١٩ ـ **سنن الترمذي**، نشر المكتبة الإسلامية بالرياض.

٢٠ ـ **سنن الدارقطني**، نشر عالم الكتب، بيروت.

٢١ ـ **سنن الدارمي**، طبع شركة الطباعة الفنية المتحدة ـ القاهرة، ١٩٦٦ م.

٢٢ ـ **سنن أبي داود**، نشر دار إحياء السنة المحمدية بمصر.

٢٣ ـ **السنن الكبرى**، للبيهقي، مطبعة دار المعارف العثمانية، الهند، ١٣٥٣هـ.

٢٤ ـ **سنن ابن ماجه**، نشر دار إحياء الكتب العربية بمصر، ١٩٥٢ م.

٢٥ ـ **سنن النسائي**، دار إحياء التراث العربي،بيروت، الطبعة الأولى، ١٩٣٠ م.

٢٦ ـ **شرح الزرقاني على الموطأ**، مطبعة محمد بمصر، ١٩٣٦ م.

٢٧ ـ **شرح صحيح مسلم**، للنووي، المطبعة المصرية، ١٣٤٧هـ.

٢٨ ـ **شرح معاني الآثار**، للطحاوي، مطبعة الأنوار المحمدية ـ القاهرة، ١٩٦٨ م.

٢٩ ـ **صحيح البخاري**، مطبوع بهامش فتح الباري، وسيأتي.

٣٠ ـ **صحيح مسلم**، مطبوع بهامش شرح صحيح مسلم للنووي.

٣١ ـ **طرح التثريب**، للحافظ العراقي، مطبعة جمعية التأليف والنشر الأزهرية، ١٣٥٣هـ.

٣٢ ـ **عمدة القاري شرح البخاري**، للعيني، الطبعة المنيرية، ١٣٤٨هـ.

٣٣ ـ **فتح الباري شرح البخاري**، للحافظ ابن حجر العسقلاني، طبعة بولاق، ١٣٠١هـ، وأخذت أحياناً من طبعة المطبعة الخيرية، ١٣١٩هـ.

٣٤ ـ **فيض القدير شرح الجامع الصغير**، للمناوي، مطبعة مصطفى محمد، الطبعة الأولى، ١٩٣٨ م.

٣٥ ـ **قواعد علوم الحديث**، للتهانوي، مع تعليقات الشيخ أبي غدة، طبع مطابع دار القلم، بيروت، الطبعة الثالثة، ١٩٧٢ م.

٣٦ ـ **مجمع الزوائد**، لأبي بكر الهيثمي، نشر مكتبة القدسي بالقاهرة، ١٣٥٣هـ.

٣٧ ـ **المستدرك على الصحيحين**، للحاكم النيسابوري، مطبعة مجلس دائرة المعارف، الهند، ١٣٣٤ هـ.

٣٨ ـ **مصنف أبي شيبة**، المطبعة العزيزية، الهند، ١٣٨٦هـ.

٣٩ ـ **مصنف عبد الرزاق**، مطابع دار القلم، بيروت، ١٩٧٠ م.

٤٠ ـ **المطالب العالية بزوائد المسانيد الثمانية**، للحافظ ابن حجر العسقلاني، المطبعة العصرية بالكويت، الطبعة الأولى، ١٩٧٣ م.

٤١ ـ **معالم السنن**، للخطابي، المطبعة العلمية بحلب، الطبعة الأولى، ١٩٣٢ م.

٤٢ ـ **المعجم الكبير**، للحافظ الطبراني، تحقيق الشيخ حمدي عبد المجيد السلفي، نشر وزارة الأوقاف العراقية، الطبعة الأولى، مطبوع بمطابع عدة.

٤٣ ـ **المنتقى شرح الموطأ**، لأبي الوليد الباجي، مطبعة السعادة بمصر، الطبعة الأولى، ١٣٣٢هـ.

٤٤ ـ **الموطأ**، للإمام مالك، مطبوع بهامش المنتقى، وشرح الزرقاني.

٤٥ ـ **نصب الراية لأحاديث الهداية**، للحافظ الزيلعي، مطبعة دار المأمون بمصر، الطبعة الأولى، ١٩٣٨ م.

٤٦ ـ **نيل الأوطار**، للشوكاني، مطبعة مصطفى الحلبي بمصر، ١٩٥٣ م.

٣ ـ كتب الفقه

أ ـ الفقه الحنفي

٤٧ ـ **الاختيار لتعليل المختار**، عبد الله بن محمود الموصلي، الجزء الأول، طبعة المنيرية، ١٩٥٦ م، والرابع، طبعة صبيح، ١٩٦١ م، والبقية طبعة الحلبي، ١٩٥١ م.

٤٨ ـ **بدائع الصنائع**، للكاساني، المطبعة الجمالية بمصر، ١٣٢٨ هـ.

٤٩ ـ **البحر الرائق شرح كنز الدقائق**، لابن نجيم، المطبعة العلمية بمصر، الطبعة الأولى، ١٣١١هـ.

٥٠ ـ **تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق**، لفخر الدين الزيلعي، المطبعة الأميرية، ١٣١٣هـ.

٥١ ـ **تحفة الفقهاء**، للسمرقندي، مطبعة جامعة دمشق، الطبعة الأولى، ١٩٥٨ م.

٥٢ ـ **حاشية الطحاوي**، طبع مطبعة مصطفى محمد، ١٣٥٦هـ.

٥٣ ـ **الدر المنتقى شرح ملتقى الأبحر**، محمد علاء الدين الإمام الخصكفي، مطبوع بهامش مجمع الأنهر.

٥٤ ـ **الفتاوى الخانية**، حافظ الدين ابن البزاز، نشر دار المعرفة ببيروت، ١٩٧٣ م.

٥٥ ـ **فتح القدير**، الكمال بن الهمام، مطبعة مصطفى محمد، ١٣٥٦هـ.

٥٦ ـ **اللباب شرح الكتاب**، لعبد الغني الميداني، مطبعة محمد علي صبيح، ١٩٢٧ م.

٥٧ ـ **مختصر الطحاوي**، مطبعة دار الكتاب العربي بمصر، ١٣٧٠هـ.

٥٨ ـ **مجمع الأنهر**، لعبد الرحمن بن شيخ محمد، المدعو شيخ زاده، المطبعة العثمانية، إستنبول، ١٣٢٨هـ.

٥٩ ـ **الهداية**، لبرهان الدين الميرغناني، مطبوع مع فتح القدير.

ب ـ الفقه المالكي

٦٠ ـ **حاشية الدسوقي**، محمد بن عرفة، دار إحياء الكتب العربية بمصر.

٦١ ـ **حاشية العدوي**، علي الصعيدي، دار إحياء الكتب العربية بمصر.

٦٢ ـ **كفاية الطالب الرباني شرح رسالة ابن أبي زيد القيرواني**، لأبي الحسن المالكي، مطبوع مع حاشية العدوي.

٦٣ ـ **شرح الدردير على مختصر خليل**، لأحمد بن الدردير، مطبوع بهامش حاشية الدسوقي.

٦٤ ـ **المدونة الكبرى**، رواية سحنون عن ابن القاسم عن مالك، مطبعة السعادة، الطبعة الأولى، ١٣٢٣هـ.

ج ـ كتب الفقه الشافعي

٦٥ ـ **الأم**، للإمام الشافعي، طبعة الشعب بمصر.

٦٦ ـ **حاشية القليوبي على شرح المحلي**، دار إحياء الكتب العربية بمصر.

٦٧ ـ **شرح جلال الدين المحلي على المنهاج**، مطبوع بهامش حاشية القليوبي.

٦٨ ـ **فتح الوهاب شرح منهج الطلاب**، للقاضي زكريا الأنصاري، مطبعة دار إحياء الكتب العربية بمصر، ١٨٢٥ م.

٦٩ ـ **المجموع شرح المهذب**، للنووي، نشر زكريا علي يوسف، مطبعة العاصمة ـ القاهرة.

٧٠ ـ **مغني المحتاج**، للخطيب الشربيني، مطبعة مصطفى الحلبي، ١٩٥٨م.

٧١ ـ **المهذب**، للشيرازي، مطبعة عيسى البابي الحلبي.

د ـ الفقه الحنبلي

٧٢ ـ **الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف**، علاء الدين المرداوي، الطبعة الأولى، ١٩٥٥ م، مطبعة السنة المحمدية بالقاهرة.

٧٣ ـ **الشرح الكبير**، شمس الدين بن قدامة، مطبوع بذيل المغني.

٧٤ ـ **كشاف القناع**، لمنصور بن يونس البهوتي الحنبلي، الطبعة الأولى، المطبعة الشرعية بمصر، ١٣١٩هـ.

٧٥ ـ **المغني**، موفق الدين بن قدامة، نشر دار الكتاب العربي، بيروت، ١٩٧٢ م.

هـ ـ الفقه الظاهري

٧٦ ـ **المحلى**، لابن حزم، نشر المكتب التجاري، بيروت.

و ـ الفقه الزيدي

٧٧ ـ **البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار**، المهدي لدين الله: أحمد بن يحيى بن المرتضى، طبع مؤسسة الرسالة، بيروت، ١٩٧٥ م.

٧٨ ـ **الروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير**، للقاضي شرف الدين الحسين بن أحمد السياغي الضعاني، نشر مكتبة المؤيد، الطائف، ١٩٦٨ م.

ز ـ الفقه الإمامي

٧٩ ـ **شرائع الإسلام**، للحلي، مطبعة الآداب بالنجف، الطبعة الأولى، ١٩٦٩ م.

٨٠ ـ **فقه الإمام جعفر الصادق**، محمد جواد مغنية، دار العلم للملايين، بيروت.

٨١ ـ **المراسم**، حمزة بن عبد العزيز، الملقب بسلار، دار الزهراء، بيروت، الطبعة الأولى، ١٩٨٠ م.

٨٢ ـ **مفتاح الكرامة**، للعاملي، مطبعة الشورى بمصر، ١٣٢٦هـ.

٨٣ ـ **من لا يحضره الفقيه**، ابن بابويه القمي، نشر دار الكتب الإسلامية، الطبعة الخامسة، ١٣٩٠هـ.

٨٤ ـ **منهاج الصالحين**، محسن الحكيم، مطبعة الآداب في النجف.

٨٥ ـ **منهاج الصالحين**، أبو القاسم الخوئي،مطبعة النعمان، النجف، ١٣٩٧هـ.

ح ـ فقه الخلاف

٨٦ ـ **أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي**، نظام الدين عبد الحميد، مطبعة الجامعة ـ بغداد، ١٩٨٦ م.

٨٧ ـ **أدب القاضي**، الماوردي، تحقيق الدكتور محيي هلال السرحان، مطبعة الإرشاد ـ بغداد، ١٩٧١ م.

٨٨ ـ **الاستذكار**، ابن عبد البر،نشر المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية بمصر، ١٩٧١ م.

٨٩ ـ **الإشراف على مسائل الخلاف**، القاضي عبد الوهاب البغدادي،مطبعة الإرادة، المغرب.

٩٠ ـ **إعلام الموقعين**، ابن القيم الجوزية، نشر دار الكتب بمصر، ١٩٦٩م.

٩١ ـ **الإفصاح**، لابن هبيرة،طبعة حلب، ١٩٢٨ م.

٩٢ ـ **الأموال**، لأبي عبيد، القاسم بن سلام، نشر مكتبة الكليات الأزهرية بمصر، الطبعة الأولى، ١٩٦٨ م.

٩٣ ـ **بداية المجتهد**، لابن رشد، مكتبة الكليات الأزهرية بمصر، ١٩٦٦ م.

٩٤ ـ **زاد المعاد**، لابن القيم، مؤسسة الرسالة ـ بيروت، ١٩٧٩ م.

٩٥ ـ **الفتاوى الكبرى**، لابن تيمية، طبع مكتبة المثنى، بغداد،طبعة مصورة على المطبوعة بمطبعة كردستان العلمية بمصر، ١٣٢٩هـ.

٩٦ ـ **الفقه على المذاهب الأربعة**، لعبد الرحمن الجزيري، الجزء الأول، طبعة الشعب، والثالث، مطبعة الإرشاد بمصر، وبقية الأجزاء نشر المكتبة التجارية الكبرى بمصر.

٩٧ ـ **القوانين الفقهية**، لابن جزي، طبع لبنان.

٩٨ ـ **المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية**، الأستاذ الدكتور عبد الكريم زيدان، مؤسسة الرسالة، ١٩٧٦ م.

٩٩ ـ **المقدمات الممهدات**، لابن رشد الجد، مطبعة السعادة بمصر، الطبعة الأولى، ١٣٢٣هـ.

١٠٠ ـ **موسوعة الفقه الإسلامي**، إشراف الأستاذ أبي زهرة، مطبعة يوسف بالقاهرة، ١٩٦٧ م.

٤ ـ كتب أصول الفقه

١٠١ ـ **الإحكام في أصول الأحكام**، لابن حزم، الطبعة الأولى، مطبعة السعادة بمصر، ١٣٤٥هـ.

١٠٢ ـ **الإحكام في أصول الأحكام**، للآمدي، مطبعة محمد علي صبيح بمصر، ١٩٦٨ م.

١٠٣ ـ **أسباب اختلاف الفقهاء**، د. مصطفى الزلمي، الدار العربية للطباعة، الطبعة الأولى، ١٩٧٦ م.

١٠٤ ـ **أصول الفقه**، زكي الدين شعبان، طبع دار النصر للطباعة بمصر.

١٠٥ ـ **أصول الفقه**، للأستاذ أبي زهرة، مطبعة مخيمر بمصر.

١٠٦ ـ **تيسير التحرير**، لأمير بادشاه، مطبعة مصطفى الحلبي، ١٣٥٠هـ.

١٠٧ ـ **الرسالة**، للإمام الشافعي، مطبعة مصطفى الحلبي، ١٣٥٥هـ.

١٠٨ ـ **روضة الناظر**، موفق الدين بن قدامة المقدسي، المطبعة السلفية، ١٣٩١هـ.

١٠٩ ـ **كشف الأسرار**، للبزدوي، نشر دار الكتاب العربي، بيروت، ١٩٧٤م.

١١٠ ـ **مختصر المنتهى**، لابن الحاجب، مع شرح العضد، طبعة بولاق، ١٣١٦هـ.

١١١ ـ **مفتاح الوصول إلى علم الأصول**، للتلمساني، نشر مكتبة الخانجي بمصر، ١٩٦٢ م.

١١٢ ـ **نهاية السول شرح منهاج الأصول**، للإسنوي، مطبعة محمد علي صبيح بمصر.

٥ ـ كتب التراجم والتاريخ

١١٣ ـ **ابن حزم**، للأستاذ أبي زهرة، مطبعة دار الفكر العربي بمصر.

١١٤ ـ **الإمام زيد**، للأستاذ أبي زهرة، مطبعة دار الفكر العربي بمصر.

١١٥ ـ **الإمام الصادق**، للأستاذ أبي زهرة، مطبعة دار الفكر العربي بمصر.

١١٦ ـ **تاريخ الطبري**، المسمى: تاريخ الأمم والملوك، دار الفكر، ١٩٧٩م.

١١٧ ـ **تذكرة الحفاظ**، للحافظ الذهبي،نشر دار إحياء التراث العربي ببيروت.

١١٨ ـ **تقريب التهذيب**، للحافظ ابن حجر، دار المعرفة بيروت، الطبعة الثانية، ١٩٧٥ م.

١١٩ ـ **تهذيب التهذيب**، للحافظ ابن حجر، مطبعة دائرة المعارف، الهند، ١٣٢٥هـ.

١٢٠ ـ **سيرة النبي ﷺ**، المعروفة **بسيرة ابن هشام**، مطبعة المدني بمصر، ١٩٦٣ م.

١٢١ ـ **العبر في أخبار من غبر**، للذهبي، نشر دائرة المطبوعات والنشر الكويت، ١٩٦١ م.

١٢٢ ـ **الكواكب النيرات في معرفة من اختلط من الرواة الثقات**، لابن الكيال، طبع دار المأمون للنشر، دمشق، الطبعة الأولى، ١٩٨١ م.

١٢٣ ـ **كتاب الضعفاء والمتروكين**، للنسائي، نشر دار الوعي بحلب، الطبعة الأولى، ١٣٩٦هـ.

١٢٤ ـ **ميزان الاعتدال**، للذهبي، دار إحياء الكتب العربية بمصر، الطبعة الأولى، ١٩٦٣.

١٢٥ ـ **وفيات الأعيان**، لابن خلكان، دار الفكر ـ بيروت.

❑❑❑

فهرس موضوعات القسم الثاني

الباب الرابع

أحكام تتعلق بالأسرة

الباب الخامس

أحكام تتعلق بالجنايات والحدود

الباب السادس

أحكام تتعلق بالقضاء والبينات

الباب السابع

أحكام تتعلق بالجهاد

❑ ❑ ❑

تم القسم الثاني

وبه تم الكتاب

والحمد لله رب العالمين